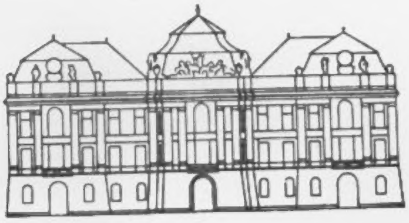
GESCHICHTE DES RÖMISCHEN PRIVATRECHTS BIS...

Sigmund-Wilhelm Zimmern

Digitized by Google

65. R. 29.

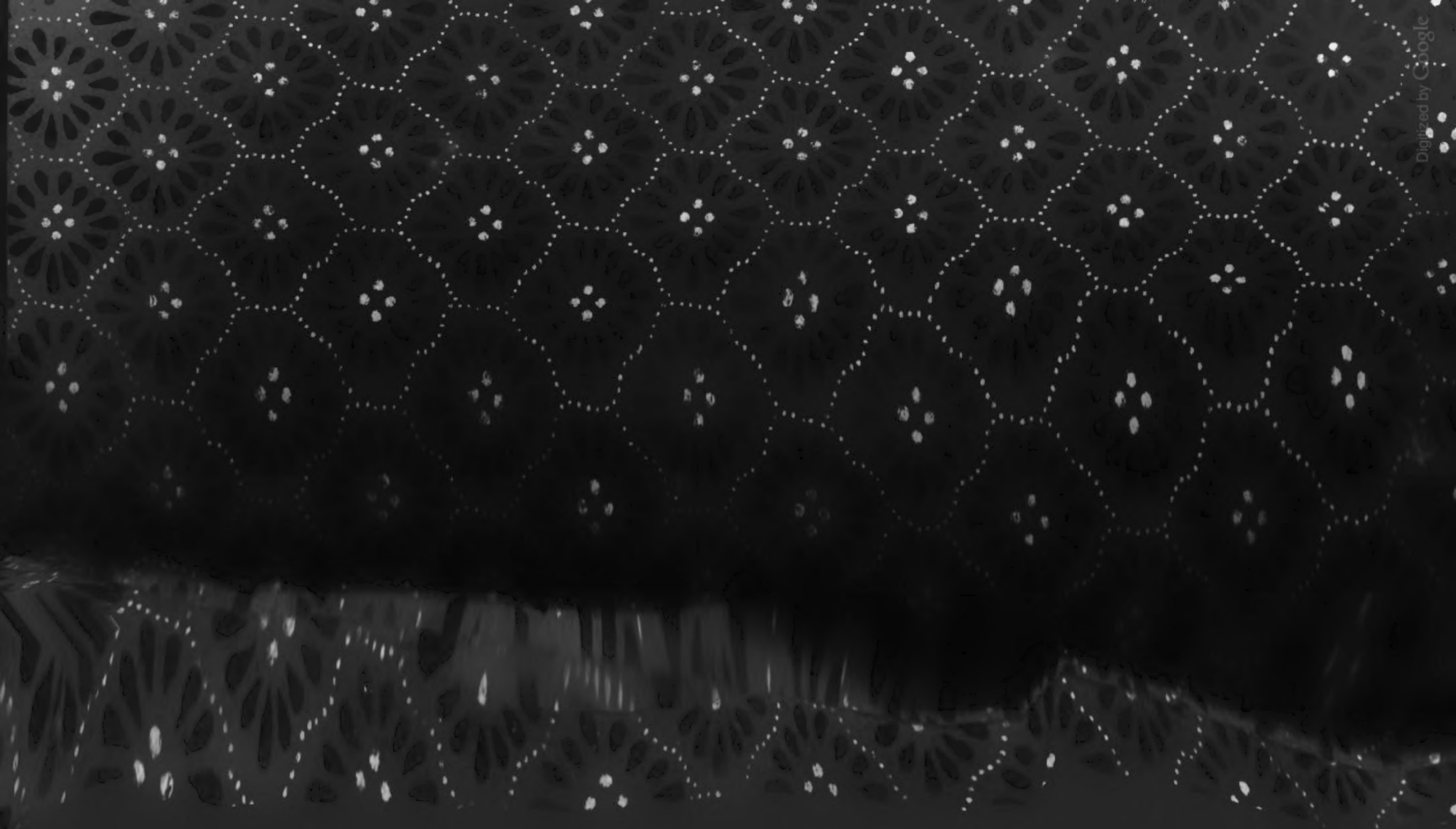
MENTEM ALIT ET EXCOLIT



K.K. HOFBIBLIOTHEK
ÖSTERR. NATIONALBIBLIOTHEK

65.R.29

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google

718
Digitized by Google

Geſchichte

des

Römiſchen Privatrechts

bis auf

Juſtinian.

Von

Dr. Sigmund Wilhelm Zimmern,
Oberappellationsgerichtsrathe und ordentlichem Profeſſor des Rechts in Jena.

Dritter Band.

Heidelberg,
bey J. C. B. Mohr.

1829.

Digitized by Google

KAISERLICHE KOENIGLICHE
WIEN
HOFBIBLIOTHEK

Digitized by Google

Der

Römische Civilprozeß

in

geschichtlicher Entwicklung

bis auf

Justinian.

Von

Dr. Sigmund Wilhelm Zimmern,

Oberappellationsgerichtsrathe und ordentlichem Professor des Rechts in Jena.

Heidelberg,

bey J. C. B. Mohr.

1829.

Digitized by Google

KAISERLICHE KOENIGLICHE
WIEN
HOFBIBLIOTHEK

Digitized by Google

Herrn

Dr. Christoph Martin,

Geheimen Justiz- und Oberappellationsgerichts-Rathe.

Ein kleines Zeichen

aufrichtiger Liebe und Hochachtung.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Zur Bearbeitung des dritten Bandes vor dem zweyten bin ich zunächst dadurch bewogen worden, daß bey dem zweyten Bande auf den dritten fortwährend Rücksicht genommen werden muß. Diesen aber glaubte ich um so weniger bis zur Vollendung der beyden Bände zurückhalten zu müssen, als die Darstellung des römischen Prozesses ein besonderes Ganze bilden konnte, und dessen baldige Erscheinung von mehreren Seiten gewünscht worden ist. In der That ist dieser Theil des römischen Rechtes noch am wenigsten untersucht, und jezt der Bearbeitung um so bedürftiger, als grade

Digitized by Google

hier der Einfluß der neuaufgefundenen Quellen am bedeutendsten ist. Diese Lücke in der Literatur wird um so fühlbarer, da man kaum zu viel sagt, wenn man den Prozeß die Grundlage nennt, auf welcher das Gebäude des römischen Rechtes ruht, und ohne deren Erkenntniß das Eindringen in die Tiefen dieses Rechts nie möglich werden wird. Mancher treffliche Beytrag ist zwar in neuerer Zeit erschienen, und schon die Aufnahme vieler guten, aber hier und da zerstreuten Bemerkungen in eine systematische Entwicklung des ganzen Prozesses, schien Bedürfniß zu werden. So dürfte denn dieser gegenwärtige Versuch in seiner Art als erster zu betrachten und von der Kritik zu behandeln seyn. Die Methode hat die früherhin befolgte bleiben müssen, aber die modificirte Gestaltung derselben, und vielleicht eine vorgeschrittene Fähigkeit in der Behandlung wird dem aufmerksamen Leser nicht entgehen.

Die §. 168, Not. 7) citirte Schrift von Ed. Huschke habe ich zu spät erhalten, um noch benutzen zu können, was p. 49 über die Judicia der Decemviri und über die judicis postulatio, p. 57 sqq. über den Uebergang aus den legis actiones zu den vom Magistrate concipirten Formeln, p. 69 sqq. über die legitima und

imperio continentia judicia gesagt ist. Eben so konnte ich Hefftters Abh. „über die causa adjecta s. expressa bey Vindicationen" im Rh. Mus. f. Jur. III. 2, nr. 13 nicht mehr an seinem Orte berücksichtigen, so wie auch nicht *M. S. Mayer* Diss. ad Liv. lib. III, c. 44—48, Stuttgart. 1828, 8. Diese Schrift handelt von der legis actio per manus injectionem, zu welcher sie alle die verschiedenen Fälle zählt, bey welchen die Römer von einem manum injicere sprechen, woher es denn kömmt, daß der Vf. auch das manum injicere bey in jus vocatio für eine *legis actio* per man. inj. hält, überhaupt (im Widerspruche mit Gaj. IV, 29) eine außergerichtliche Eröffnung dieses Rechtsstreits annimmt, daß er auch „de singulis *rebus* per manus inject. petitis" handelt, daß er die vindicatio in libertatem und in servitutem, und daß er die vertragsmäßige Handanlegung auf verkaufte Sclaven zum Prozesse durch manus injectio rechnet — eine Ansicht, gegen welche ich mich bereits (§. 44) ausdrücklich habe erklären müssen. Auch der Darstellung, welche den nexus für den nicht zahlenden zum Abverdienen condemnirten addictus hält, hätte ich nicht beystimmend gedenken können, wie ihr denn auch der §. 45 entschieden genug entgegensteht. Uebrigens wird mir grade über das, was ich von den addictis gesagt

habe, ein sachkundiges Urtheil vorzugsweise willkommen seyn.

Mit dem zweyten Bande wird ein ausführliches Register über das ganze Werk ausgegeben werden.

Jena, im August 1829.

D. V.

Berichtigungen.

Zu ändern ist, daß S. 159, Not. 24): §. 69 statt §. 70, S. 268, Z. 4 v. u.: sequentes statt exsequentes, S. 398, Z. 12 v. u.: §. 161 statt §. 167 steht.

Plan

des Civilprozesses.

Allgemeine Uebersicht.

Erster Abschnitt. Die Gerichtsverfassung.
Zweyter Abschnitt. Der Gerichtsstand.

Dritter Abschnitt. Klagarten.
Vierter Abschnitt. Vertheidigungsweisen.
Fünfter Abschnitt. In integrum restitutio.

Sechster Abschnitt. Das Verfahren selbst.
Siebenter Abschnitt. Die vor Gericht handelnden Personen.

Achter Abschnitt. Die s. g. Rechtsmittel.
Neunter Abschnitt. Nachtheile und Nothwendigkeit des Prozessirens.

Digitized by Google

Grundriß

des dritten Bandes, oder des Civilprozesses.

Einleitung (§. 1).

Erster Abschnitt. Die Gerichtsverfassung.

Erste Abtheilung. Bis zum Untergange des Formularprozesses.

Erste Hälfte. Von den Magistraten (S. 5—23).

Einleitung (§. 2). Für Rom und die Provinzen (§. 3). Für Italien und Aegypten (§. 4). Die Municipalbeamten unter den Kaisern (§. 5). Ort und Zeit der magistrat. Thätigkeit (§. 6). Consilium, Assessoren, Auditorium (§. 7).

Zweyte Hälfte. Von den Richtern (S. 23—54).

Einleitung (§. 8). Stand u. Listen (§. 9). Ernennung des einzelnen Richters (§. 10). Gemeinsamkeit der Judicia (§. 11). Das richterliche Amt (§. 12). Beeidigung. Ort. Berathung (§. 13). Insbesondere von den Centumvirn. 1. Entstehung u. von den Decemvirn litib. judicand. (§. 14). 2. Verfassung des Gerichts (§. 15). 3. Geschäftsgang und Untergang (§. 16). — Die Recuperatoren (§. 17). Der pedaneus judex (§. 18).

Digitized by Google

Zweyte Abtheilung. Die Gerichtsverfassung unter den christlichen Kaisern (S. 54—68).

Einleitung (§. 19). Die Provinzial- und höheren Behörden (§. 20). Ihre Assessoren, secreta, auditoria (§. 21). Die Localbehörden, in Rom u. den Municipien, pedanei judices, defensores civitatum (§. 22, 23). Geistliche und militairische Gerichtsbarkeit (§. 24, 25).

Zweyter Abschnitt. Der Gerichtsstand (S. 68—84).

Das ältere Recht (§. 26). Unter den Kaisern (§. 27). Specielle Fora (§. 28), u. unter den christlichen Kaisern (§. 29). Mandiren der Jurisdiction (§. 30). Recusiren des Magistrats (§. 31).

Dritter Abschnitt. Die Gattungen u. Formen der Klagen.

Erste Abtheilung. Allgemeine Verhältnisse (S. 84—101).

Legis actiones (§. 32). Leg. actiones und formulae (§. 33). Legitima und imperio continentia judicia (§. 34). Die legis actt. seit der lex Aebutia (§. 35). Die causae centumvirales (§. 36). Die causae recuperatoriae (§. 37).

Zweyte Abtheilung. Die Klagarten im Einzelnen.

Erster Titel. Die legis actiones (S. 102—141).

Sacramenti actio (§. 38). Die Vindication (die vindiciae, deductio, fingirte legis actiones) (§. 39—41). Judicis postulatio (§. 42). Condictio (§. 43). Manus injectio, insbes. von den addictis (§. 45—47). Pignoris capio (§. 48).

Zweyter Titel. Die formulae (S. 142 fgg.)

Einleitung (§. 49).

Erstes Capitel. Conception der Formeln (S. 144—172).

Fictionen der legis actiones (§. 50). Formulae in jus u. in factum conceptae. Die partes formulae (§. 51, 52). Das gegenseitige Verhältniß der partes (§. 53). In factum und utiles actiones (§. 54). Praescriptio u. praescriptis verbis actio (§. 55). Condemnatio certae u. incertae pecuniae u. taxatio (§. 56, 57). Sponsionen (§. 58).

Zweytes Capitel. Die Actionen je nach den Formeln (S. 172—219).

Einleitung (§. 59). Judicia und arbitria (§. 60). Certi condictio (§. 61). Certi u. incerti condictio (§. 62). Bonae fidei actiones (§. 63, 63a). In rem actiones, durch sponsio u. durch petitoria formula (§. 64, 65). Vom Besitz dabey u. vom liberale judicium (§. 66). Arbitrariae

formulae u. actiones (§. 67, 68). Praejudiciales actiones (§. 69). Prätoriſche (in factum) actiones (§. 70).

Drittes Capitel. Die Interdicte (S. 219—232). Einleitung (§. 71). Urſprung u. Bedeutung (§. 72). Ueberſicht der einzelnen Int. (§. 73). Int. duplicia (§. 74).

Dritter Titel. Das Verfahren ohne judex (S. 233 fgg.). Einleitung (§. 75).

I. Die Miſſionen (S. 235—274).

Venditio bonorum. Bedeutung u. Urſprung (§. 76). Die einzelnen Fälle, mit der cessio bonorum (§. 77, 78). Das Verfahren (§. 79). Die Wirkungen (§. 80). Distractio bonorum (§. 81). Separation. Verkürzung der Gläubiger (§. 82). Die privilegirten Foderungen (§. 83). — Die übrigen Miſſionen, custodiae causa (§. 84), in einzelne Gegenſtände (§. 85). — Unter den chriſtlichen Kaiſern (§. 86).

II. Praetoriae stipulationes (§. 87, S. 274—276).

III. Res cognitionis (§. 88, S. 276—278).

IV. u. V. Untergang des ordo judiciorum u. Einfluß auf die ordinariae actiones (§. 89, 90, S. 278—282).

Vierter Abſchnitt. Die Vertheidigungsarten und Gegenanſprüche (S. 283—314).

Entſtehung u. Begriff der Exceptionen (§. 91). Ihr Verhältniß zur actio (§. 92). Die Einreden in formaler Hinſicht (§. 93, 94). Die dilatoriſchen Einreden (§. 95). Präſcriptionen und Präjudicien (§. 96, 97). Wann die Einreden vorzubringen (§. 98). Compensatio u. deductio (§. 99). Wiederklage (§. 100).

Fünfter Abſchnitt. In integrum restitutio (S. 314—325). Einleitung (§. 101). Metus (§. 102). Dolus (§. 103). Minderjährigkeit (§. 104). Status mutatio u. Irrthum (§. 105). Abweſenheit und andre Verhinderungen (§. 106). Zeit der Reſtitution (§. 107).

Sechster Abſchnitt. Die einzelnen Acte des gerichtlichen Verfahrens (S. 326 fgg.).

Erſter Titel. Der Prozeß durch legis actiones (S. 326—335). In jus vocatio (§. 108). Litiscontestation (§. 109). Das Schlußverfahren (§. 110).

Zweyter Titel. Der Formularprozeß.

Erſte Hälfte. Bis zum conſtituirten Judicium (S. 336—394).

I. In jus vocatio (§. 111). II. Vadimonium, actionis editio, denuntiatio (§. 112—117). III. Litiscontestation. Formeller Character (§. 118, 119). Materielle Bedeutung (§. 120). Positive Wirkungen (§. 121). Gegenstand der L.C. (§. 122). Necessaria novatio (§. 123). Litigiosität (§. 124). IV. Was die L.C. vertritt oder modificirt. Interrogationes in jure (§. 125). Confessio (§. 126). Deferirter Eid (§. 127). V. Zeit der Verhandlung. Jahreszeit u. Dauer (§. 128). Tageszeit u. Ferien (§. 129).

Zweyte Hälfte. Nach der Litiscontestation (S. 394—428). Einleitung (§. 130.) Stellung des Richters (§. 131). Beweisführung (§. 132). Zeugen (§. 133). Urkunden (§. 134). Eid (§. 135). Contumacialverfahren (§. 136). Sententia. Res judicata (§. 137, 137ª). Judicati actio (§. 138). Rei judic. exceptio (§. 139, 140). Condemnatio in id quod facere potest (§. 141).

Dritter Titel. Das Verfahren ohne Juder (S. 428—462).

I. Die extraord. actiones (§. 142). II. Die Veränderungen im ordentl. Prozeß. Denuntiatio u. rescripti editio (§. 143). Prozeßeröffnung ohne denuntiatio (§. 144). Anderes bey der ersten Verhandlung (§. 145). Litiscontestation (§. 146). Der Richter u. die Beweisführung (§. 147). Zeugen (§. 148). Urkunden (§. 149). Eid (§. 150). Contumacia und Prozeßverjährung (§. 151). Ferien (§. 152). Sententia. Res judicata (§. 153).

Siebenter Abschnitt. Gerichtliche Vertretung oder Unterstützung (S. 462—495).

Einleitung (§. 154). I. Stellvertretung. Bey den legis actiones (§. 155). Im Formularprozesse. Einleitung (§. 156). Cognitoren und Procuratoren (§. 157). Dominium litis (§. 158). Einfluß auf die actio (§. 159, 160). Judicati actio und cautio (§. 161). Neueres Recht (§. 162). Fähigkeit zur Vertretung (§. 163). II. Intervention (§. 164). III. Sachwalter u. deren Belohnung (§. 165, 166).

Achter Abschnitt. Die s. g. Rechtsmittel (495—535).

Nichtigkeit (§. 167). Rescindirende Rechtsmittel (§. 168). Appellation. Entstehung (§. 169). I. App. bis zu Diocletian. 1. Die Behörden und Gegenstände (§. 170). 2. Das Verfahren (§. 171). II. App. seit Dioclet. u. Constantin. 1. Die Behör-

Digitized by Google

den (§. 172). 2. Zulässigkeit und Gegenstand (§. 173). 3. Das Verfahren (§. 174—176). — Supplication (§. 177).

Neunter Abschnitt. Nachtheile u. Nothwendigkeit des Prozessirens (S. 535—552).

Pluris petitio (§. 178). Poenae temere litigantium (§. 179, 180). Prozeßkosten (§. 181). Selbsthülfe (§. 182).

Drittes Buch.

Das gerichtliche Verfahren oder der s. g. Civilprozeß.

Die Literatur ist auch nach dem älteren Stande der Quellen äußerst dürftig. (Vgl. *Haubold* epit. p. 83 sqq.) Im Allgemeinen ist zu nennen: *Franc. Polleti* hist. fori Rom., restit., illustr. et aucta per *Phil. Broidaeum*, Duaci 1572, 8; 1576; Lugd. 1587, 8. Francof. 1676, 8. Duaci 1691, 8. u. in Polen. Thes. T. I. p. 327 —672. — *Car. Breti* ordo perantiquus judiciorum civilium eorumque solemnia, Paris. 1604, 4, in Sallengre Thes. T. II. p. 1053 —1156 u. in Hoffmann histor. juris Vol. II. P. II. p. 1—128. — *Chph. Cellarii* (praes. Jo. Sam. Stryk) Diss. de processu jur. Rom. antiquo, Hal. 1698. 4; 1704, 4. u. Viteb. 1733. 4. — *Jul. Fr. Malblanc* conspect. rei judiciariae Romano-Germanicae, Norimb. et Altd. 1797, p. 1—75. — Seit dem Erscheinen der, besonders durch das vierte Buch, hier wirklich reformirenden Institutionen des Gajus, ist, es sey hinsichtlich dieser Quelle oder überhaupt, etwas Umfassendes noch nicht geleistet worden. Indessen ist zu bemerken: *E. Dupont* in comm. quart. Institt. Gaji, Lugd. Bat. 1822, s. Bd. 1, S. 25, Not. 23), (wenig mehr als was man schon im Texte liest). — *Unterholzner* conjecturae de supplendis lacunis etc. Vratisl. 1823, s. Bd. 1, S. 24, Not. 14), (einige kritische Vorschläge). — *E. Burnouf* (praes. *Blondeau*) de re judicata et de rei judiciariae ap. Romanos disciplina, Paris. 1824. 8. (70 pagg. in Kürze Vieles und nicht übel). — A. W. Heffter Institutionen des römisch. und teutschen Civil-Prozesses, Bonn 1825, (bei „praktischem Zweck" und Plane konnte das Historische nur eine untergeordnete Behandlung erfahren). — *Fr. Guil. de Tigerström* de judicibus ap. Romanos, Berol. 1826, (allerdings originell, aber aus einem reichen Quellenschatze ganz wunderlich combinirt). — Fr. Jul. Stahl üb. das ältere Römische Klagenrecht, München 1827, 8. (nur 55 S., aber mit Geist). — Gaji

Digitized by Google

Institutionum comment. quartus, recens., restituere conatus est, adnotationem perpet. librumque observationum adjecit *Aug. Guil. Heffter*, Berol 1827, 4. (Der Observv. sind 26 von ungleichem Werthe, am besten ist der kritische Theil). — C. F. Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtl. u. preußisch. Civilprozesses, Halle 1827, (enthält obwohl Grundriß historische u. geistreiche Bemerkungen). — (Für einzelne durch Gajus zu erläuternde Lehren sind auszuzeichnen Bethmann-Hollweg u. F. L. Keller.)

§. 1.
Einleitung.

Das gerichtliche Verfahren in Privatstreitigkeiten[1]) stellt sich in drey Abschnitten dar, die gewissermaßen drey Zeiträume bilden, und immer geschieden werden müssen. Das älteste war ein auf höchst formelle Weise, durch legis actiones, eingeleitetes Verfahren. Noch daneben bildete sich der durch formulae in einem andern Sinne begründete Prozeß aus, welcher zuletzt die legis actiones ganz verdrängte. Wiederum daneben wurde ausnahmsweise auch ohne die neuere Form (extra ordinem) verfahren, und zulezt ist der Prozeß durch formulae ebenfalls untergegangen. Aber es ist sowenig der Einfluß der legis actiones im Formularprozesse, als der Character der alten ordinaria judicia im spätern Verfahren zu verkennen. Der Prozeß per formulam ist derjenige, welcher

1) Auch die Römer stellen Civil- u. Criminalprozeß einander gegenüber. Cic. pro Caec. c. 2: „judicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt." — So privata — publica judicia, Cic. Top. c. 17. Gell. XIV, 2 init. Val. Max. VIII, 2 init. — pr. §. 1, 2 I. de publ. jud. (4. 18). Forenses actiones im Gegensaze der criminum executiones L. 1 §. 1 D. de incend. (47, 9). Pecuniariae causae oder lites entgegen den criminales L. 1 §. 1 D. de testib. (22. 5), L. 13 pr. C. de judic. (3, 1). — L. 2 D. de off. Pr. urb. (1, 12) L. 2 C. ubi senat. (3, 24). L. 11 C. ad l. Corn. de fals. (9, 22). — Rubr. C. ubi senatores civiliter l. criminaliter conveniantur (3. 24) u. Rubr. C. quando civilis actio criminali praejudicet (9, 31). L. 1 C. Th. de off. proconsul. (1, 12 bey Wenck).

Digitized by Google

ungefähr mit der Entstehung einer römischen Jurisprudenz zur Entwicklung gekommen, und zu deren Blüthezeit gleichfalls in voller Ausbildung und in seiner umfangsreichsten Anwendung dastand. Darum hat demselben auch eine so vollständig und ins Einzelnste durchgeführte Entwicklung zu Theil werden müssen, als es einerseits wegen Einfachheit der Verhältnisse, und wegen der minder reifen Ausbildung der ältern Zeiten nicht bei den legis actiones, noch andrerseits wegen Kraftlosigkeit der spätern Zeit bey dem neueren prozessualischen Verfahren möglich gewesen. Auch wird bey den legis actiones aus dem von selbst erklärlichen Mangel an Quellen die Nachweisung des Zusammenhangs schwerer, als bey dem uns näher liegenden und durch viele Nachrichten bekannt gewordenen Formularprozesse. Dagegen gebrach es der spätern, keineswegs quellenarmen Zeit an der Fähigkeit, für ihr Verfahren eine klare Anschauung zu gewinnen, und nach den veränderten Verhältnissen ein zeitgemäßes System aufzubauen. — Schon bey den legis actiones begründet ist das, worauf der ganze Formularprozeß beruht, das zwiefache Verfahren vor einer obrigkeitlichen Behörde, welche den Prozeß einleitet und die Rechtsfrage feststellt, in jure [2]), und vor einem privatus judex, welcher die Thatsachen untersucht und das Urtheil spricht — oder mit andern Worten, vor der Obrigkeit, bey welcher die Parteyen selbst über die Person dieses Richters sich vereinbaren, und dadurch seine Competenz zur Urtheilsprechung möglich machen, und alsdann vor diesem von der obrigkeitlichen Behörde durch die formula instruirten Richter selbst. Des Richters entscheidender Ausspruch aber konnte nur wieder von der Obrigkeit selbst zur Vollziehung gebracht werden. Rechtsprechung der Behörden ohne Vermittlung eines Pri-

2) Z. B. Gaj. IV, 29, 164. Cic. de inv. II, 19. L. 11 D. de just. et jure. L. 4 §. 1 D. de int. i. j. (11, 1). — Plaut. Menaechm. IV, 2 v. 18.

Digitized by Google

vatrichters macht den Character des außerordentlichen und des endlich an die Stelle des Formularprozesses getretenen Verfahrens aus. — Zu allen Zeiten aber beruhte der römische Prozeß auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit[3]). Im vollsten Sinne des Wortes bey den legis actiones, beym Formularprozeß ist zwar die formula selbst eine schriftliche Instruction, aber die Parteyen verhandeln mündlich, doch finden sich hier wenigstens Protocolle, nur in späterer Zeit und nach untergegangenem Formularprozesse wurde zwar vor den höhern Beamten in Gerichtssälen, nicht mehr wie vorher im Freyen verhandelt, und kommen auch schriftliche Eingaben vor, aber nichts desto weniger war die Verhandlung selbst fortwährend eine mündliche, und von beschränktem Zutritte der Personen findet sich nirgends eine Spur. — Die Begründung des Rechtsstreits war Sache der Parteyen, der Magistrat konnte hier nicht eingreifen. Auf dem Grunde der durch die Parteyen entstandenen Uebereinkunft die Wahrheit hinsichtlich der streitigen Thatsachen auszumitteln, war des Richters Sache, welcher jedoch auch in dieser Beziehung die Beybringung der Beweismittel von Seiten der Parteyen zu erwarten hatte. Auch diese Verhältnisse sind im Wesentlichen zu allen Zeiten dieselben gewesen. — In der folgenden Darstellung sind nun die hier ausgesprochenen allgemeinen Sätze einzeln zu begründen.

---

3) Feuerbach über die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Giessen 1821, S. 217 fg. — Hefftter Institt. S. 158 fgg.

Erster Abschnitt.
Die Gerichtsverfassung*).

Erste Abtheilung.
Bis zum Untergange des Formularprozesses.

Erste Hälfte.
Blick auf die Magistrate.

§. 2.
Einleitung.

Ursprünglich saß der Rex selbst zu Gericht und that was späterhin der Prätor[1]). Seine gesammte Gewalt hieß imperium, und ging mit Vertreibung der Tarquinier auf die beiden jährlich gewählten patricischen Consuln über[2]). Als die Patricier das Consulat mit den Plebejern theilen mußten, behielten sie sich die Rechtspflege vor, welche jetzt (a. 387 u. c.) den Geschäftskreis eines neuen (patricischen) Magistratus ausmachte, der nun ausschließlich praetor hieß[3]),

---

*) A. *Quintanaduegna* de jurisdictione et imperio libri II, Madrit. 1598, in Meerm. Thes. T. II. Scip. *Gentilis* de jurisdictione libri III, Frf. 1601, zuletzt in opp. T. III. Ger. *Noodt* de jurisdictione et imperio libri II, L. B. 1691 u. in opp. T. I. *Ge. Chr. Gebauer* de jurisd. sec. doctrinam Romanor. etc. Lips. 1733. c. 1, in Exercc. acad. T. I.

1) L. 2 §. 1, 4 D. de O. J. (1, 2). Dion. Hal. X. 1. Cic. de rep. II, 21. V, 2. — Niebuhr R. G. Th. 1, 2te A. S. 357. 3te A. S. 382.

2) Liv. I fin. II, 1. IV, 3. Dion. V, 1, 2. Cic. de rep. II, 32. L. 2 §. 16, 27 D. de O. J. Lydus de magistr. I, 30 sqq. auch Cic. de legg. III, 3.

3) Liv. VI c. ult. VII, 1. L. 2 §. 27 D. de O. J.

Digitized by Google

wie vorher alle höhern Magistrate [4]). Patricisch blieb auch diese Magistratur nicht [5]), und der Peregrinen wegen wurde im Anfange des sechsten Jahrhunderts noch ein zweyter Prätor ernannt, neben welchem jener urbanus hieß [6]). Zum imperium, als der gesammten Amtsgewalt der Magistrate [7]), gehört auch die jurisdictio [8]), die also, insofern die Competenz des Magistrats auf diesen Zweig des Imperiums beschränkt ist, auch dem imperium selbst entgegensetzt werden konnte [9]). Es verstehen aber die römischen Juristen, von deren Sprachgebrauche hier die Rede ist, unter jurisdictio im Allgemeinen [10]) das ganze auf Privatstreitigkeiten oder privatrechtliche Verhältnisse Bezug habende officium magistratus [11]), wovon die jurisdictio im engern Sinne, die Befugniß Recht zu sprechen und einen judex zu ernennen [12]), nur einen Theil ausmacht. Das Ganze wird auch mixtum imperium genannt und vom merum imperium, der bloßen Criminalgewalt, unterschieden [13]), welche für sich allein nicht leicht

---

4) Fest. v. praetoria porta. Liv. III, 55. VII, 3. — Cic. de legg. III, 3.

5) Liv. VIII, 15.

6) Vgl. Bd. 1, §. 13, Not. 15) u. 16). — Lyd. I, 38, 45 nennt das Jahr 508.

7) L. 215 de V. S. Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratuum *imperium* —. L. 32 fin. D. de inj. (47, 10). — Cic. de legg. III, 3. L. 3 D. de jurisd. (2, 1).

8) L. 7 §. 2 mit L. 8 D. de off. proc. (1, 16). L. 7 §. 14 de pact. (2, 14) mit L. 1 §. 9 de n. o. n. (39, 1). L. 12 §. 1 D. de judic. (5, 1) mit L. 3 f. D. de jurisd. — L. 13 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36, 1).

9) L. 4 D. de jurisd. L. 26 D. ad munic. (50, 1).

10) L. 1 D. de jurisd.

11) Cic. Verr. II, 48. L. 5 §. 1 D. de off. ej. cui mand. (1, 21). L. 1. §. 4 D. de susp. tut. (26, 10). L. 13 §. 4 ad Sct. Treb. (36, 1).

12) L. 10 D. de jurisd. (2, 1). L. un. §. 1 mit pr. D. si quis jus dicenti (2, 3). L. 13 D. cit. u. s. w.

13) L. 3 D. de jurisd. — L. 1 §. 1 L. ult. §. 1 D. de off. ej.

jurisdictio heißt [14]). Die übrigen Zweige der jurisdictio i. w. S. sind zum Theil von der Art, daß sie mit verbunden seyn müssen [15]), wie z. B. auch eine modica coercitio [16]), zum Theil aber auch magis imperii quam jurisdictionis, und insofern nicht allen Magistraten, die eine jurisdictio haben, gestattet [17]). Wem jurisdictio zusteht, vor dem können auch gewisse, nicht streitige Rechtsangelegenheiten vorgenommen werden, theils [18]) eine legis actio in diesem Sinne, vgl. §. 40, theils und in der spätern Zeit viele andere Geschäfte, daher die bey wissenschaftlicher Behandlung dieser Gegenstände aufgestellte Eintheilung in contentiosa u. voluntaria jurisdictio [19]). — Im Allgemeinen kann man sagen, die jurisdictio bestehe „in decretis interponendis dijudicandisque causis“ [20]), und sprüchwörtlich ist es in den Ausdrücken: *dare*, (z. B. actionem, bonorum possessionem), *dicere* (jus), *addicere* (z. B. einen judicatus, einen judex) zusammengefaßt worden [21]). Decretum im e. S. ist jede auf causae cognitio erlassene Verfügung [22]), in welchem Sinne auch die Kaiser

---

cui mand. (1, 21). Cic. pro Flacc. c. 3 vgl. mit L. 6 pr. D. de off. proc. (1, 16). L. 70 de R. J. — *L. Albrecht* de imperio mero, Lips. 1751 u. in *C. F. Hommel* opuscc. p. 509—552. *F. Eber* imperium mixtum et jurisdictionem non tantum nominis sono, sed re ipsa distingui, Jen. 1815.

14) S. etwa L. 1 pr. de off. ej. cui mand.

15) L. 2 D. de jurisd. Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.

16) L. 1 f. L. ult. §. 1 de off. ej. cui mand.

17) L. 4 de jurisd. L. 26 pr. §. 1 ad munic. (50, 1) vgl. mit L. 16 §. 5 de minor. (4, 4). L. 1 L. 4 §. 3, 4 D. d. d. inf. (39, 2).

18) Savigny Gesch. d. RR. im Mittelalt. Bd. 1, S. 81.

19) L. 2 pr. D. de off. proc. (1, 16).

20) Ascon. ad prooem. in Verr. auch L. 3 f. D. de jurisd.

21) Varro de L. L. V, 4. Macrob. Sat. I, 16. Die tria verba bey Ovid. Fast. I. v. 47.

22) L. 3 §. 8 D. de B. P. (37, 1). L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15), vgl. mit §. 6.

Digitized by Google

decreta ertheilten [23]), und überhaupt nur die höhern Beamte, die ein Tribunal hatten, es konnten [24]). Vielleicht umfaßte decretum i. w. S. auch jede schlechtweg und ohne Prüfung, und gar nicht gerade bey der Gerichtssitzung erlassene Verfügung, davon §. 6. Cognoscere aber bezeichnet jede veranstaltete Prüfung oder geleitete Verhandlung auch von Seiten des judex [25]), obwohl mit den prätorischen Cognitionen noch eine besondere Kunstbedeutung verbunden war, vgl. §. §. 75 u. 88. Auch der jede Art von prüfender Beurtheilung bezeichnende Ausdruck notio [26]) ist auf die gerichtlichen Cognitionen übertragen worden [27]), und ist also in der Jurisdiction so gut, wie in jeder anderen Cognition mitbegriffen [28]), steht dem Magistrate nicht minder zu [29]), als auch denen, die keine jurisdictio haben [30]). Insbesondere ist judicis notio die dem Richter freylich erst durch magistratische Bevollmächtigung zukommende cognitio [31]).

§. 3.

Rom und die Provinzen.

Als Verwalter der Rechtspflege waren zunächst der Rex, dann die Consuln, dann der Prätor i. e. S., zuletzt

23) L. 1 §. 1 D de const. princ. (1, 4). Theoph. I, 2 §. 6.

24) L. 105 D. de R. J., dazu *J. Gothofred* in h. tit. vgl. mit §. 6.

25) L. 1 §. 2 D. fam. erc. (10, 2). L. 3 §. 9 D. ad exh. (10, 4). L. 17 de cur. fur. (27, 10). L. 135 §. 2 fin. de V. O. (45, 1).

26) Cic. de finib. III, 10. *C. G. Winkler* de juridico Alexandriae, Lips. 1827, 8. p. 8 sqq.

27) (Cic.) pro domo c. 13, de l. agrar. II, 21 fin., ad Att. VI, 20.

28) L. 99 pr. D. de V. S.

29) L. 8 §. 1 D. de trans. (2, 15). L. 1 §. 14 D. de separ. (42, 6). L. ult. C. vi bon. rapt. (9, 33). L. 6 C. quomodo et quando (7, 43).

30) L. 5 pr. D. de re jud. (42, 1).

31) L. ult. §. 3 D. quod met. (4, 2). L. 3 §. 3 vgl. mit §. 4 D. de lib. exhib. (43, 30).

Digitized by Google

zwey Prätoren bereits genannt worden, und diese sind denn auch in Rom die regelmäßigen Inhaber der jurisdictio geblieben. Eine gewisse, namentlich auf Marktgeschäfte beschränkte Jurisdiction erhielten auch die Aedilen [1]). Seit es Provinzen gab (zuerst Sicilien, a. 513.) wurden auch dorthin Prätoren geschickt, welche die oberste Verwaltung mit der Jurisdiction verbanden [2]). Mit dem siebenten Jahrhunderte wurden aber nach und nach für Rom selbst mehrere Prätoren, der quaestio halber, als quaesitores perpetui ernannt [3]), und dagegen in die Provinzen keine für diese besonders gewählten Vorsteher gesandt, sondern es gingen die Consuln und die verschiedenen Prätoren Roms nach Ablauf ihres Amtsjahres pro consule oder pro praetore in die Provinzen ab [4]). Auch die Statthalterschaften wurden hin und wieder prorogirt, und es sind in der lezten Zeit der Republik der Versuche mancherley gemacht worden, hier zu einer regelmäßigen Einrichtung zu gelangen [5]). Den Provinzialvorstehern beygegeben waren Quästoren, welche zugleich die Jurisdiction ausübten, die in Rom den Aedilen oblag [6]). Die großen Machthaber gegen das Ende der Re-

---

1) Dion. Hal. VI, 90. Dio Cass. LIII init. Zonar. A. VII, 16. Theoph. I, 2 §. 7. L. 63 D. de Aed. Ed. (21, 1).

2) Liv. XXIII, 30 f. L. 2 §. 32 D. de O. J. u. Liv. XL, 44. — L. XXII, 27 f. u. 28 init.

3) Die erste perpetua quaestio schreibt man der lex Calpurnia de repetundis vom J. 605 zu, Cic. Brut. 27. de off. II, 21. in Verr. III, 84. — „Unus quotannis ex praetoribus *quaesitoris* ex hac lege provinciam sortito" heißt es in der lex Servilia. Vgl. *Klenze* Fragmta. legis Serviliae repet., Berol. 1825, 4, p. 27 sq.

4) Liv. VIII, 22. XXIV, 10. XXVII, 36. XXIX, 13. XXX, 27. XXXIV, 55. XXXV, 20. XXXVII, 1 u. 2. XXXIX, 45. Dio Cass. XLII, 20.

5) Liv. VIII, 26 fin. — (Cic.) pro domo c. 3, Sal. Jug. 27. — Dio Cass. XXXIX, 33. XLIII, 25 fin. Cic. Philipp. I, 8. V, 3 mit II, 42.

6) Gaj. I, 6.

publik, und so nachher die Kaiser saßen selbst zu Gericht[7]), und leiteten als Magistrate auch Privatstreitigkeiten, die sie selbst in erster Instanz an sich zogen, und zwar theils durch unmittelbare Cognition, theils durch judicis datio[8]). Indirecten Einfluß übten sie durch ihre Rescripte, wovon noch in der Folge die Rede seyn wird. — Die Verwaltung der Provinzen war durch die proconsularis potestas dem Kaiser selbst anheim gegeben, doch hat schon August die Provinzen mit dem Volke getheilt[9]), und die Vorsteher der provinciae populi hießen von nun an (auch bey prätorischem Range) proconsules[10]), über die anderen war der Kaiser selbst Proconsul, und die von ihm geschickten praesides hießen legati Caesaris oder propraetores, selbst bey consularischem Range[11]). In den populi provinciae vertrat forwährend der Quästor auch die Stelle der Aedilen, in die kaiserlichen wurden Quästoren nicht geschickt[12]), und die procuratores oder rationales Caesaris hatten im Ganzen keine Jurisdiction[13]). Ein jährlicher Wechsel der Provinzialbeamten fand wohl um so weniger Statt, als er selbst zur Zeit der Republik nicht

---

7) Suet. Caes. c. 43. Octav. 33. Dio Cass. LIII, 21. — Suet. Claud. 15. Nero 15. Domit. 8. — L. 18 §. 1 D. de minor. (4, 4) — sin autem princeps sententiam dixit —. *Perizonius* de Praetorio, Franeq. 1690. 8. p. 186—210, p. 728—777. *Noordkerk* Obss. c. 4, p. 57 sqq.

8) S. außer der vorig. Note: Val. Max. VII, 7 nr. 3 u. 4. Tac. A. II, 48. Dio Cass. LX, 4. — L. 18 §. 4 D. de minorib. (4, 4). — *Ernesti* Exc. II. ad Suet. Caes. c. 42.

9) Dio LIII, 12. Suet. Octav. 47. Strabo XVII c. 3 u. 25. Theoph II, 1 §. 4 vgl. mit Gaj. I, 6. II, 7 u. 21.

10) Daher auch nur Tit. D. de off. proconsulis (1, 16), u. Gaj. IV, 139 sagt bloß: praetor *aut proconsul.*

11) Dio LIII, 13 u. 14. Suet. Octav. 47. L. 12 pr. D. de accusatt. (48, 2). — Tit. D. de off. praesidis (1, 18).

12) Gaj. I, 6.

13) Dio LIII, 15. L. 9. pr. D. de off. proc. Tit. D. de off. procuratoris Caesaris l. rationalis (1, 19). — L. 23 §. 1 D. de app. (49, 1). L. 1 C. de ped. jud. (3, 3).

Digitized by Google

durchgeführt werden konnte[14]). Wenigstens unter den Kaisern finden wir auch wieder bey den Consuln eine gewisse Jurisdiction[15]), namentlich auch eine voluntaria[16]). Die Cognition über Fideicommisse ist denselben übertragen worden[17]), und für bedeutende Summen selbst dann verblieben[18]), als solches der Geschäftskreis einer besonderen Prätur geworden. Claudius hat nämlich deshalb zwey Prätoren ernannt und in den Provinzen die Vorsteher damit beauftragt, Titus aber begnügte sich mit Einem Prätor[19]). — Einen besonderen praetor tutelaris hat Marcus ernannt, „quum ante tutores a consulibus poscerentur“[20]), und Nerva einen Prätor, welcher zwischen Fiscus und Privaten Recht sprach[21]). Eines Prätors, „cujus de liberali causa jurisdictio est,“ gedenkt wenigstens Alex. Sever[21a]). Ueber den vicarius annonae s. §. 21. Was endlich die bereits von August und auf Zeitlebens ernannten Präfecten betrifft, so gehörte zwar Ausübung der Jurisdiction nicht zu ihrer nächsten Obliegenheit. Allein 1. der praefectus urbi[22]) sollte doch sogleich anfangs auf Appellationen (in

14) Vgl. z. B. Tac. A. I, 80, IV, 6. Suet. Tib. 41. F. L. Keller über Litisconteſt. Zürich 1827, S. 164 fg.

15) L. 1 §. 3 D. de app. (49, 1). — Gell. XII, 13: „Cum Romae a consulibus extra ordinem datus pronuntiare intra Calendas jussus essem“. (Liegt das Außerordentliche darin, daß die Consuln einen judex ernannt haben, oder daß der judex nicht aus den Listen ernannt worden? wohl das Leztere.)

16) Tit. D. de off. consulis (1, 10), u. Bd. 1 §. 235 a. Anf.

17) §. 1. I. u. Theoph. de fid. her. (2, 23).

18) Quinct. I. O. III, 6. Gaj. II, 278. Ulp. XXV, 12. — L. 29 pr. D. de leg. 2. (31).

19) Suet. Claud. 23. L. 2 §. 32 D. de O. J.

20) Capit. Marc. c. 10. Bd. 1. §. 235.

21) L. 2 §. 32 f. de O. J.

21 a) L. 1 C. si mancipium ita venierit (4, 56).

22) S. überh. Suet. Octav. 37. Dio LII, 21. Tac. A. VI, 11. L. 1 §. 4 D. de off. praef. urb. (1, 12) mit L. 42 D. de excuss. (27, 1). Coll. XIV, 3.

Digitized by Google

zweyter Instanz) in Civilsachen erkennen (vgl. §. 169), und ferner hat er sich in der Folge wenigstens mit den Beschwerden der Patronen gegen ihre liberti, auch namentlich wegen Alimentations-Ansprüche[23]), der Sklaven gegen ihre Herrn wegen verweigerter Freylassung befaßt[24]), ferner über Interdicte wegen Gewaltthätigkeit erkannt[25]), und die Prozesse mit den Argentarien („ex epistola D. Hadriani") entschieden[26]), so wie er auch judices ernennen durfte[27]). 2. Hat August zwey equites zu Chefs der Prätorianer und des ganzen italischen Militairs ernannt[28]). Unter Tiberius nahm diese auf Einen übertragene Gewalt des praefectus praetorio zu[29]), auch von Claudius wurde nur Einer[30]), hernach wurden mehrere ernannt[31]). Bis zu den Zeiten Alex. Severs hin ist nun aber der Einfluß dieser anfangs blos militairischen Behörde so sehr gestiegen, daß der praef. praetorio nunmehr der Erste nach dem Kaiser war[32]). Und jezt stand ihm denn auch nicht blos Criminal- sondern Civiljurisdiction zu. Jenes war wenigstens schon zu Marcus Zeit der Fall, von welchem auch gesagt wird, daß er „auctoritate et periculo" seiner Präfecten „jura dictavit"[33]), d. h. aber doch wohl nur sie zu Rathe zog. Jedoch unter Septimius Severus wird der Verhandlung eines Rechtsstreites in auditorio Papiniani praef. praetor. gedacht[34]), und

---

23) L. 1 §. 2, 10 D. de off. pr. urb.

24) L. 1 §. 1 D. eod. 25) L. 1 §. 6 eod. 26) L. 2 eod.

27) L. 14 §. 1 D. de jud. (5, 1). L. 3 D. de off. praef. urb. L. 1 pr. D. quis a quo app. (49, 3).

28) Dio Cass. LII, 24 u. LV, 10.

29) Tac. A. IV, 2 mit 1 u. Aur. Victor de Caes. c. 9.

30) Tac. A. XII, 42.

31) Lamprid. Commod. c. 6, Spartian. Julian. c. 3 u. 7.

32) Aur. Vict. l. c. Zosim. II, 32. L. 2 §. 19 D. de O. J. L. 1 pr. D. de off. pr. praet. (1, 11).

33) Capitol. Marc. c. 11.

34) L. lecta (40) D. de R. C. (12, 1). S. auch L. 97 D. de a. l. o. h. (29, 2). — L. 3 §. 3 de usur. (22, 1).

by Google

nach Ulpians Zeugniß konnten auch die praefecti praet. judices bestellen [35]). Vgl. auch noch §. 7 und §. 170.

§. 4.

Italien, auch Aegypten.

Die Magistrate Roms waren Magistrate des gesammten Volkes [1]), indem Italien nur das erweiterte Rom, und diese Stadt die communis patria war, so daß allerdings auch auswärts Wohnende, wenn sie nach Rom kamen, der dortigen Gerichtsbarkeit unterworfen waren [2]). Indessen ist Italiens Städten auch unter der römischen Oberherrschaft und nachdem sie durch die römische Civität Municipien geworden waren, die eigene Verwaltung großentheils überlassen worden. Ihre obersten Beamten, vorzugsweise magistratus genannt, und zwar duumviri oder quatuorviri, übten, wie anfangs in Rom die Consuln, oder wie die Provinzialvorsteher, innerhalb ihres Bezirks auch die Jurisdiction aus [3]), und wurden deshalb mit dem Zusatze J. D. (juri dicundo) bezeichnet [4]). Ihre Competenz mußte zur Zeit der freyen Republik sehr umfassend gewesen seyn, da weder der römische Prätor alle Rechtsstreitigkeiten in Italien leiten konnte, noch Vorkehrungen bekannt sind, welche deshalb von Rom aus getroffen worden wären [5]). Nur einigen Gemeinden wurde ein jährlich gewählter praefectus juri dicundo von Rom aus zugesandt, welche Städte aber auch deshalb durch den Na-

35) L. 1 pr. D. quis et a quo (49, 3).

1) L. 3 §. 1 D. quod metus (4, 2). L. 12 pr. D. de accus. (48, 2).

2) S. unt. §. 26. — Gell. XX, 10 verb.: Sed postquam Praetores, propagatis Italiae finibus rel.

3) Cic. in Rull. II, 34. L. 4 §. 3, 4 D. de d. inf. (39, 2). L. 16. C. Th. de decur. (12, 1) od. L. 18 C. eod. (10, 31). L. 1 C. Th. quemodm. munera (12, 5). — Tit. D. de magistratibus conveniend. (27, 8).

4) S. Savigny Gesch. Bd. 1, S. 28, Not. 31).

5) Sav. a. a. O. S. 30 fg.

Digitized by Google

men praefecturae unterschieden wurden [6]). Unter den Kaisern scheinen diese allmählig verschwunden zu seyn [7]), vielleicht weil hier der Einfluß Roms im Allgemeinen bedeutender geworden s. §. 5. Den Namen eines praefectus (Aegypti, Augustalis) [8]) hat Augusst dem Magistrate ertheilt, welchem er an der Stelle der alten Könige [9]) die oberste Leitung Aegyptens, das er zur Provinz gemacht, übertragen, und welcher zwar im Ganzen den übrigen Provinzialvorstehern zu vergleichen ist [10]), aber aus localen Gründen nicht die Auszeichnung und den Rang wirklicher römischer Magistrate erhalten hat [11]). Namentlich ist ihm aber auch die legis actio, als Zweig der voluntaria jurisdictio, übertragen worden [12]). Alexandrien, die Hauptstadt, welche zu keiner der Nomen gehörte, in welche das Reich noch aus frühere Zeit her zerfiel [13]), erhielt noch [14]) einen von Rom aus eingesezten judex [15]), juridicus (Alexandriae), δικαιοδότης, welcher (wie auch ein rationalis Caesaris) dem Präfecten bey-

---

6) Fest. v. praefecturae. — Liv. XXVI, 16. Cic. ad div. XIII. 11. L. Gall. Cisalp. l. 6.

7) Festus (l. c.) spricht wie von einer vergangenen Sache.

8) Im Griechischen ἔπαρχος oder ἡγεμών; s. Rudorff im Rh. Mus. f. Philol. Bd. 2, S. 74.

9) Strabo XVII, 1 (p. 797 ed. Casaub.). Tac. hist. I, 11.

10) L. un. D. de off. praefecti August. (1, 17). Suet. Oct. c. 18 vgl. mit Caes. c. 35. — Suet. Octav. c. 66. Dio LI, 17.

11) Tac. A. XII, 60 „D. Augustus, apud equestres, qui Aegypto praesiderent, lege agi, decretaque eorum perinde haberi, jusserat, ac si magistratus Romani constituissent.“ Daß nämlich Augusst nur röm. equites hingesandt: Tac. Hist. I, 11. S. überh. Rudorff a. a. O. S. 71 fgg.

12) L. 21 D. de man. vind. (40, 2): Apud praefectum Aegypti possum servum manumittere ex constitutione D. Augusti.

13) Rudorff S. 74—81.

14) *Jo. Dan. Ritter* ad Heinecc. hist. jur. I, 4, §. 177. — *Winkler* de juridico Alexandr. s. ob. §. 2, Not. 26).

15) Spart. Sever. c. 17 — „qui (Alexandrini) vivebant uno *judice* contenti, quem Caesar dedisset.“

gegeben war, zur Besorgung der wichtigeren Zweige der Rechtspflege[16]), und vielleicht nicht blos in Alexandrien, sondern im ganzen Reiche[17]), insofern den einheimischen νομάρχαι die wichtigeren Theile der öffentlichen Gewalt entzogen wurden[18]). Auch die legis actio ist dem juridicus (vielleicht nicht schon im Anfange) gegeben worden[19]), und durch eine const. D. Marci auch die tutoris datio[20]). — Daß nun aber das Institut eines solchen juridicus, der kein Magistratus war, von August neu gegründet worden, ist nicht wahrscheinlich, und es mag seyn, daß schon in der lezten Zeit der Republik, und von August selbst, dergleichen Männer, etwa zur Schlichtung der zur Zeit der bürgerlichen Zwistigkeiten unberücksichtigt gebliebenen Rechtsstreitigkeiten, ernannt worden waren[21]). Ein über Rom hinaus ausgedehnter Einfluß des Prätor urbanus zeigt sich im Anfange der Monarchie und nachher[22]). Daß aber Hadrian zum Zwecke der Rechtspflege Italien in vier Districte theilte, welchen er viri consulares an die Spitze stellte, war immerhin eine Neuerung, obschon diese consulares nur juridici waren, wie denn auch seit Marcus gar nicht gerade Consularen dieses Amt bekleiden mußten[23]).

---

16) Strabo XVII, 1 — ὑπ' αὐτῷ δ' ἐστὶν ὁ Δικαιοδότης, ὁ τῶν πολλῶν κρίσεων κύριος rel. Es wird nämlich unter den mit beschränktem Wirkungskreise fortbestehenden localen Beamten auch ein ἀρχιδικαστὴς genannt, Strabo p. 797, s. Rudorff S. 82 Not. 9), welchem also die geringfügigen Rechtssachen oblagen.

17) *Winkler* p. 23 sqq.

18) Strabo l. c. p. 798. Rudorff S. 75.

19) L. 1 D. de off. juridici (1, 20). 20) L. 2 eod.

21) Es ist das eine an sich nicht unwahrscheinliche Vermuthung Winklers (l. c. p. 4 sqq.), deren künstliche Begründung durch Seneca Herc. furens, v. 579 sq. aber manchen Bedenklichkeiten unterworfen bleibt.

22) L. Gall. Cisalp. c. 21, 22. L. 1, L. 4 §. 3, 4 D. de d. inf. (39, 2).

23) Spart. Hadr. c. 21 „quatuor consulares per omnem Ita-

Digitized by Google

§. 5.

Die Municipalbeamten unter den Kaisern.

Sowie es keinen Zweifel leiden kann, daß die Selbstständigkeit der italischen Städte unter der Herrschaft der Kaiser allmählig abgenommen, so konnte um so weniger das Ansehen ihrer obersten Magistrate und deren wichtigstes Amt, die Rechtspflege, den alten Umfang behaupten, zumal da auch in Rom selbst die Gewalt der alten Beamten Einschränkungen erlitt[1]). Der Statthalter, welchen auch, freylich nur für die Rechtspflege, also noch in keinem Fall in dem Umfange, wie die Provinzen, Italien unterworfen worden, hat der vorige §. schon gedacht. Bereits in der s. g. lex Galliae cisalpinae finden wir wenigstens für diese nun zu Italien geschlagene ehemalige Provinz folgendes beschränkte Verhältniß der dortigen Magistrate[2]). Sie können jus dicere und judicia dare, in einigen Fällen unbeschränkt („si ea res erit, de qua re omni pecunia ibi jus dici, judiciave dari ex hac lege debebit oportebit"), in anderen, wie bey baarem Gelddarlehn, nicht über 15,000 Sestertien[3]). Bey solchen Gelddarlehn können sie auch duci jubere, aber in anderen Sachen muß troz ihrer Competenz in der Sache selbst das duci jubere und die Einweisung in die bona vom Prätor in Rom geschehen (§§. 75 fgg.). Sie können ferner operis novi nunciatio remittiren[4]), cautio damni infecti anordnen, und bey Verweigerung ein judicium in factum. s. §. 85. Die Magistrate haben überhaupt jezt noch imperium oder potestas[5]). Späterhin aber steht ihnen zwar noch jurisdictio

liam *judices* constituit". Capit. Ant. Pius c. 2 fin. — Capit. Marc. c. 11 „Datis *juridicis* Italiae consuluit ad id exemplum, quo Adrianus consulares viros *reddere jura* praeceperat." Vgl. auch noch L. 41 §. 5 de fid. libert. (40, 12). Vat. fr. §. 232.

1) Savigny a. a. O. S. 31. 2) Sav. S. 35 fg.

3) L. Gall. Cisalp. c. 21, 22. 4) Ibid. c. 19.

5) Ib. Col. 1, l. 50 sq. Tab. Heracl. l. 143. Apul. Metam. lib. 1, c. 18 sub fin. *Dirksen* ad leg. Gall. Cisalp. p. 40 sq.

zu [6]), aber nur als minores magistratus, welchen imperium und potestas fehlt, welche daher [7]) während der Amtsführung belangt werden konnten, und welche deshalb ferner ea, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis, nicht vornehmen können, als da ist: eine missio in bona, in integrum restitutio, Anordnung prätorischer Cautionen [8]). Nur die Caution und Mission bey damnum infectum ist ihnen, weil es Eile hat, speciell delegirt, das Uebrige (missio ex sec. decr. und die a. in factum) reservirt sich der höhere Magistratus [9]). Multae dictio und pignoris capio aber (als nothwendige Annexa) bleiben den Magistraten gestattet [10]). Auch können sie Vormünder bestellen [11]), und haben bisweilen legis actio [12]). Ihre Jurisdiction ist aber durchgehends auf eine gewisse Summe beschränkt, sofern ihnen nicht die Uebereinkunft der Parteyen selbst eine umfassendere Competenz gibt [13]). Alles Uebrige muß also theils der Prätor urbanus, vielleicht in einem District um Rom herum [14]), oder auch etwa für gewisse

---

6) L. 29 D. ad munic. (50, 1).

7) Auch geht also auf sie nicht das Edict in L. 1 §. 1 D. si quis jus dicenti non obtemperaverit (2, 3).

8) Paulus L. 26 pr. §. 1 D. ad munic. (50, 1). Ulpian L. 32 D. de inj. (47, 10) vgl. mit L. 4 D. de jurisd. (2, 1).

9) Ulp. L. 1, Paulus L. 4 §. 3, 4 D. d. d. inf. (39, 2).

10) L. 131 §. 1 de V. S. — L. un. §. 2 de via publ. (43, 11). — L. 29 §. 7 ad leg. Aq. (9, 2). L. 3 §. 1 de reb. eor. (27, 9).

11) Bd. 1 S. 885. Vat. fr. §. 191.

12) Paul. II, 25 §. 4. Apud magistratus municipales, *si habeant legis actionem*, emancipari et manumitti potest. Constantius in L. 4 C. de vind. lib. (7, 1) — — magistratus earum civitatum, *quibus hujusmodi jus est* etc. Vgl. auch L. 1 C. de emancipp. (8, 49).

13) Paul. V, 5ª, §. 1. Paulus L. 28 D. ad munic. (50, 1) vgl. mit L. 11 pr. D. de jurisd. (2, 1).

14) Arg. Vat. fr. §. 232. So hat auch der praef. urbi einen Bezirk um Rom herum, durch den centesimus lapis begrenzt, s. §. 3 Not. 22), und unter den christlichen Kaisern ist wiederum in anderer Beziehung von regiones suburbicariae die Rede, §. 172 Not.

Gegenstände, theils der juridicus in der ihm untergebenen pars Italiae besorgt haben[15]).

§. 6.

Ort und Zeit der Jurisdiction*).

Seit uralter Zeit stand auf dem Forum das Tribunal[1]), wo die Könige, wie nachher die Magistrate[2]), auf der sella curulis zu Gericht saßen[3]). Auch die Kaiser saßen auf dem Tribunal[4]). Alles, wozu causae cognitio erforderlich war, wurde pro tribunali verhandelt, also kein Decret (vergl. §. 2) de plano, wie es im Gegensatze heißt[5]), erlassen[6]), wo vielmehr nur per libellum expedirt werden

---

S. auch Bethmann-Hollweg Versuche über Theile der Theorie des Civilproz. Berl. 1827, S. 8 Not. 19).

15) Bey Paul. IV, 4 §. 2 heißt es: Heres per magistratus municipales *ex auctoritate praesidis*, fideicommissario postulante, hereditatem adire et restituere compellitur. Einen juridicus de *infinito* erwähnt eine Inschrift bey Gruter p. 1090 nr. 13. S. Savigny S. 33.

*) Bretus c. 5. *Noodt* de jurisd. I, 10.

1) Ueber dieses selbst Isid. Orig. lib. 15 c. 4 sub fin. — Quinct. I. O. XI, 3 mit Liv. VIII, 32. Seine Gestalt ist beschrieben bey Vitruv. de architect. V, 1. Vgl. *C. F. Hommel* de forma tribunalis et majestate Praetoris. Lips. 1763, u. a. E. von Nieuport antiqq. ed. 13 u. 14.

2) Dion. Hal. II, 4 f. Liv. XXVII, 50; auch Mart. III. Ep. 38.

3) Liv. I, 8. Val. Max. III, 5 §. 2. Qu. I. O. VI, 3. Mart. XI, 99. — Cic. Verr. IV: „palam de sella atque tribunali pronuntiavit."

4) Suet. Octav. 33. Claud. 15.

5) So sollen die öffentlichen Kundmachungen da angeheftet werden, „unde (ubi) de plano recte legi possunt", L. 11 §. 3 D. de instit. act. (14, 3). Val. Prob. notae: U. D. P. R. L. P. Tab. Her. l. 16. L. Servilia l. 65. Joseph. Ant. XIX, 5. — *Cujac.* obss. VII, 29. *Klenze* ad leg. Servil. c. 19, Not. 14 (p. 78).

6) L. 3 §. 8 D. de B. P. (37, 1). L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15). — L. 7. f. D. de conf. tut. (26, 3). L. 4 C. de dilatt. (3,

Digitized by Google

konnte, d. h. durch irgend eine einfache Weisung[7]). Wer tribunali praeest[8]), pro tribunali cognoscit[9]), bezeichnet den Magistrat[10]), der nur hier im technischen Sinne sessiones hielt[11]). Alle Tage mochte das (auch von den Ferien abgesehen §. 129) nicht der Fall gewesen seyn, daß aber jene Tage durch die Ausdrücke: cognitionum und postulationum dies bezeichnet wurden, oder daß gewisse Sessionen nur für die Anträge, andere für die Verhandlungen bestimmt gewesen wären, ist unerweislich[12]). Uebrigens mußte nicht gerade das Tribunal immer an demselben Orte stehen[13]). Auch sind in Municipalstädten Tribunale errichtet worden[14]).

---

11). Vgl. auch den Gegensaz in Vat. fr. §. 156. L. 1 §. 8 D. ad Sct. Turp (48, 16). L. 18 §. 10 D. de quaestt. (48, 18).

7) L. 9 §. 1 D. de off. proc. (1, 16). L. 71 D. de R. J. mit L. 11 §. 6 D. ad leg. Jul. de ad. (48, 5), L. 3 §. 8 de B. P. (37, 1). Simplex jussio in L. 23 §. 3 D. quod met. (4, 2).

8) L. 1 D. de jud. (5, 1). 9) L. 2 D. de re jud. (42, 1).

10) Der judex saß nie auf dem Tribunal s. §. 13. „Judex qui tribunali praeest" in L. 1 D. cit. bezeichnet den Magistrat.

11) L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15). — Cic. de or. I, 37 „nobis in tribunali — sedentibus." — Vat. fr. §. 156 vgl. mit §. 161.

12) In L. 73 D. de jud. (5, 1) ist „dies cognitionis" der Tag, wo zwey bestimmte Parteyen sich einfinden sollten, um die cognitio zu eröffnen; eben so geht das „ante decreti diem" in L. 28 pr. D. de exc. (27, 1) auf den Tag, wo das concrete Gesuch vorkommen sollte. Endlich die L. 2 §. 2 vgl. mit §. 1 D. quis ordo sagt nicht: „heute war kein postulationum dies", sondern: „heute hatte der Prätor zu viel zu thun, um auch dieser postulatio Gehör zu geben." — Indessen ist die unrichtige Ansicht die herrschende: *Siccama* u. *Zepernik* de judic. centumvir. II, 1 p. 118 sq. *Glück* opusce. fasc. II, p. 331 not. 65).

13) Liv. XXIII, 32.

14) Auct. de clar. orat. c. 6. Reines. Inscr. cl. II, p. 298 nr. 89. — A. M. *Heineccius* Antiqq. IV, 6 not. d), es sey nur eine eitle Benennung für Subsellien gewesen. Aber auch in Vat. fr. §. 112 kömmt vor: Apud magistratus de plano rel., was auf den Gegensaz deutet, vgl. *Buchholtz* Vat. fr., Reg. Boruss. 1828, ad §. cit.

Digitized by Google

Ob nun aber jene sessiones, an welchen man also die Postulationen anhörte und cognoscirte, in Rom mit dem Namen conventus bezeichnet worden, ist zu bezweifeln [15]). In den Provinzen [16]) dagegen saß der Vorsteher nicht etwa blos in der Hauptstadt zu Gericht, sondern pflegte zur Zeit der Republik und nachher, so lange überhaupt der Formularprozeß dauerte, zu einer gewissen Zeit des Jahrs, gewöhnlich im Winter [17]), die Provinz zu bereisen, und da und dort Sitzungen anzusagen, conventus zu veranstalten [18]), wie theils die Sitzungen und Versammlungen, theils davon auch die Orte selbst genannt worden sind, welche dazu gewählt wurden, so daß es nach juridici conventus abgetheilte Provinzen gegeben hat [19]). Sobald freylich der Einfluß des Magistrats auf die einzelnen Streitigkeiten nicht mit der judicis datio zu Ende war, sondern wenn er selbst auch judex seyn mußte, so konnte damit die ambulirende Justiz nicht vereinbart werden, er mußte dann einen stehenden Aufenthaltsort haben, und die Litiganten bey sich selbst empfangen, weshalb die Nachricht, daß mit dem ordo judiciorum die conventus untergegangen, nur ganz wörtlich verstanden werden darf [20]).

---

15) Vgl. darüb. unt. §. 128.

16) *Raevard.* Protribunalia c. 14. *Jo. L. E. Püttmann* Miscellan. c. 25.

17) Cic. ad Att. V, 14 „Aestivos menses — rei militari dare, hibernos jurisdictioni." Liv. XXXIV, 48 „— — totum hiemis tempus juri dicundo consumpsit." Caes. B. G. I, 54.

18) Theoph. I, 6 §. 4 — Cic. in Verr. II, 29 „homines honestos e conventu Syracusano." Cic. ad div. II, 13 f. Virgil. Aened. V. v. 758 u. daſ. Servius. — Fest. v. conventus, ſ. unt. §. 128. — Suet. Jul. c. 7 „ubi jure dicundo conventus circumiret." — Hor. Sat. I, 7 v. 22. Juven. VIII. 127. Auch L. 5 C. quomodo et quando (7, 43).

19) S. außer der vorigen Note: Plin. hist. nat. III, 1 § 3 u. 4, auch Hirt. B. G. VIII, 46 u. Cic. Verr. V, 11: „conventus sunt oppida, in quibus consistere Praetores et conventus agere solebant."

Digitized by

§. 7.

Consilium, Assessoren *), Auditorium.

Schon zur Zeit der Republik waren die Magistrate von Consiliarien umgeben, deren Rath ihnen dann um so wichtiger war, wenn sie selbst keine Juristen waren[1]). Daß die Kaiser[2]) sich bey ihrem ausgedehnten Geschäftskreise mit einem Consilium umgeben haben werden, ist um so mehr zu erwarten. Schon August hat einen solchen Rath um sich versammelt, dessen Mitglieder von Zeit zu Zeit wechselten, und die ihn namentlich auch beym Judiciren unterstützten[3]). Desgleichen haben sich auch die Provinzialvorsteher mit Assessoren, wie sie wenigstens jezt heißen, umgeben[4]), was allerdings eine vom Hofe des Kaisers auf sie übergegangene[5]), aber auch als eine früherhin entstandene, und nur etwa durch das kaiserliche Beyspiel weiter ausgebildete Einrichtung betrachtet werden kann. Da die Magistrate freylich an die Meinung ihrer Assessoren nicht gebunden waren, so bestand keine Strenge in der Auswahl[6]), und es diente dieser Beysitz auch jungen Juristen zur practischen Ausbildung[7]). Immerhin aber hatten bisweilen auch die Bey-

---

20) Theoph. III, 12 pr.

*) *Zepernik* ad Siccama de jud. Centumv. c. 2, not. d), p. 17 sq. Th. *Roll.* hist. jur. civ. de assessorib. magistratuum Romanor. Lips. 1787, 4

1) Cic. pro Plancio c. 38, de orat. I, 37.

2) *Haubold* de consistorio principum Romanorum sp. I. et II. Lips. 1788, 89, in opusc. acad. ed. *Wenck*, vol. I. Lips. 1825, p. 187—313.

3) Dio Cass. LIII. 21. LVI. 28. Suet. Octav. 35.

4) Tit. D. de officio assessorum (1, 22).

5) Savigny Gesch. Bd. 1 S. 79.

6) L. 2 D. h. t.

7) Gell. XII, 13 „— ex istis — peritis studiosisque juris, quos adhibere in consilium judicaturi soletis.“ Van *Leeuwen* de juris studiosis in *Oelrichs* thes. nov. Vol. II, T. 1, p. 339 sqq. S. auch Bd. 1 S. 252.

sitzer vorzüglichen Einfluß [8]). Hin und wieder standen einzelne Kaiser selbst dem Magistrat auf seinem Tribunal leitend zur Seite [9]). Fortdauernd aber versammelten sie selbst ein Consilium um sich [10]), welches vielleicht durch Hadrian eine bestimmte Organisation, wenigstens eine würdigere Zusammensetzung erhalten hat. Bedeutende Juristen waren seine Rechtsfreunde [11]), und diese zu Rathe zu ziehen, ist fortwährend beobachtet worden [12]). Insbesondere ist gewiß, daß Anton. Pius und Marcus Juristen zu ihren Verfügungen zugezogen haben [13]). So wird von den *Divis fratribus* eine auf solche Weise Statt gehabte Discussion über Ertheilung einer bonorum possessio erwähnt [14]), und eine von Marcus im Auditorium gegebene Entscheidung in einem rein privatrechtlichen Streite [15]). Dieser Name Auditorium findet sich hier zum ersten Male für den kaiserlichen Rath, und auch in der Folge immer nur in Verbindung mit richterlicher Entscheidung des Princeps [16]). Synonym damit scheint der Ausdruck majus auditorium [17]) oder publicum auditorium [18]). Der Name Consistorium kömmt erst seit Diocletian vor [19]), und wenn etwa auch

8) Seneca de animi tranq. I, 3. Sen. ep. 63. Plin. epp. I, 20. L. 2 D. quod quisq. jur. (2, 2) vgl. mit L. 1 D. h. t. u. Amm. Marc. XXIII, 6.

9) Suet. Tib. c. 33. Tac. A. I, 75. Suet. Claud. 12.

10) Dio Cass. LVII, 7. Suet. Tib. c. 55. — Dio LX, 4. — Suet. Nero c. 15.

11) Spart. Hadr. c. 8, 18, 22. Dio LXIX, 7.

12) Aur. Victor ep. c. 14.

13) Capit. Pius c. 12. Marc. c. 22.

14) L. 17 pr. D. de jure patron. (37, 14).

15) L. 22 pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1).

16) So spricht Ulpian von Erkenntniß über in integr. restitutio „in auditorio Sept. Severi et Ant. Caracallae", L. 18 §. 1. 2 D. de min. (4, 4).

17) Paulus in L. 54 D. de re jud. (42, 1).

18) Marcian in L. 1 f. D. ne de statu (40, 15).

19) Inscr. L. 12 C. de poen. (9, 47).

unter den christlichen Kaisern davon das Auditorium als richterliches Collegium unterschieden worden, vgl. §. 21., so bleibt es doch wenigstens sehr zweifelhaft, ob auch schon vorher zweyerley Collegien bestanden [20]). Im Ganzen scheinen die Kaiser nur je nach Verschiedenheit der zu discutirenden Gegenstände verschiedene Mitglieder zugezogen zu haben [21]). Der Anzahl nach werden ihrer von 20 bis zu 50 genannt [22]). Auch die Präfecten hatten ein Auditorium, der praefectus praetorio auf jeden Fall zur Zeit der Severe [23]); denn daß es nur das kaiserliche gewesen, in welchem der praefectus praetorio statt des Kaisers den Vorsitz führte, läßt sich nicht beweisen [24]). — Uebrigens mochten diese Sitzungen in Gerichtssälen (secretaria wenigstens späterhin genannt s. §. 21) gehalten worden seyn, aber dennoch war die Verhandlung öffentlich und mündlich [25]).

Zweyte Hälfte.

Die Judices *).

§. 8.

Einleitung.

Als judices unterschieden von magistratus werden we-

---

20) Haubold (l. c. sp. I. §. 5 sqq., p. 217 sqq.) sucht darzuthun, es hätten seit Hadrian zweyerley Collegien in der Art bestanden, daß zwar die Mitglieder des nachher s. g. Consistoriums beym Auditorium, aber nicht umgekehrt die Mitglieder des lezteren auch bey jenem zugezogen worden.

21) Lamprid. Alex. Sev. c. 14 f., c. 15.

22) Dio XVI. 28. Suet. Tib. 55. Lamprid. l. c. c. 16.

23) L. 40 de R. C. (12 1). S. §. 3, Not. 34). — Ein Auditorium des praef. urbi wird uns erst in der christlichen Zeit genannt, s. §. 21.

24) Dieselben Personen können allerdings in beyden Auditorien gewesen seyn, wie z. B. Paulus u. Ulpian in dem des Papinian und des Alex. Sever, Lampr. Alex. Sev. c. 26.

25) S. §. 21 u. d. sechsten Abschnitt.

*) *Noodt* de jurisdict. I, 13. *Schulting* comm. acad. T. I.

Digitized by Google

nigstens zur Zeit der Republik genannt: centumviri, decemviri (litib. judic.), recuperatores, arbitri oder arbiter, der unus judex i. e. S. — Von diesen verschiedenen Arten von Richtern mit Rücksicht auf den Ursprung, Fortbestand und Competenz zu sprechen, ist unsere durch die folgenden Erörterungen, soweit es die Quellen möglich machen, zu lösende Aufgabe. Auf die sehr alte Bestellung des Judex weis't schon der Name einer der ältesten legis actiones, die judicis postulatio, hin; eine alte Formel lautet also, judicem arbitrumve postulo uti des [1]), und der judex arbiterve [2]) und ferner die Bestellung von tres arbitri [3]) kömmt in den 12 Tafeln vor. Daß aber immer mit dem judex auch ein arbiter bestellt worden [4]), ist minder wahrscheinlich, als daß nach Verschiedenheit der Sache der bestellte Richter bald judex, bald arbiter war [5]). So viel scheint gewiß, daß den Römern späterhin selbst der Unterschied nicht klar gewesen [6]). Im Formularprozesse [6a]) geschah die Bestellung des Richters durch die Conception der mit den Worten judex esto, z. B. „*L. Octavius judex esto,*“ beginnenden Formel [7]). Es leidet auch keinen Zweifel, daß nie der Ausdruck arbiter esto ge-

---

p. 61—67. *Jo. Hop* de judicibus a Praetore et provinciar. Rectorib. ad caussas privatas dijudicandas dari solitis, L. B. 1729 in *Oelrichs* Th. N. Vol. I. T. II. p. 507—560.

1) Val. Prob. (P. oder T.) J. A. V. P. U. D.

2) Gell. XX, 1.

3) Cic. de legg. I, 21. Fest. v. Vindiciae.

4) So *Guil. Hübbe* de except. rei judicatae, Jenae 1827, 8, p. 6, not. 13). *Hefftter* ad Gaj. p. 13.

5) Die Stellen in Note 2) u. 3) können eben so gut von der Gemeinsamkeit der Grundsätze bey Bestellung es sey eines judex oder eines arbiter verstanden werden.

6) Wenigstens sagt es Cic. proMur. 12 fin.

6a) Die Formel j. f. s. a. (judicium fac oder facito, si antequam), auf welche Hugo Rg. S. 625 Z. 13 aufmerksam macht, könnte bey den legis actiones vorgekommen seyn.

7) Cic. Verr. II, 12. Gaj. IV, 34, 36, 37, 47.

braucht worden, sondern daß der Inhalt der Instruction den judex belehrte, ob er als judex i. e. S. oder als arbiter zu verfahren habe (vgl. §. 60 fgg.). Dagegen die immer nur in der Mehrzahl richtenden Recuperatoren (§. 17) werden durch die Formel: recuperatores sunto bestellt[8]). Nur die Centumvirn und, so viel wir wissen, auch die Decemvirn waren dem Formularprozesse fremd, und eher stehende, wenigstens für eine gewisse Zeit, als wie jene, jedesmal für den einzelnen Fall ernannte Richter. Für diese aber galt wohl sammt und sonders, d. h. für die Recuperatoren nicht minder, wie für den unus judex, und gewiß auch bey der legis actio nicht minder als im Formularprozesse, der von Alters her heilig gehaltene (nämlich von Cicero den majores zugeschriebene) Grundsaz, daß Niemand Richter seyn könne, als mit dem Willen der Parteyen[9]): eine Regel, die gewiß so lange bestand, als der Formularprozeß selbst.

§. 9.
Stand und Listen der Richter.

Zu den bekannten Einrichtungen, durch welche Servius den Plebejern eine Organisation zu geben suchte, gehört auch die minder bekannte Anordnung von Richtern, insofern wir in denselben den Ursprung des (zunächst plebejischen) Centumviralgerichts erkennen müssen, vgl. §. 14. Dann daß der Einzelrichter (judex, arbiter) anfangs Patricier war, so gut wie der Magistrat, welcher ihn bestellte, folgt schon aus den allgemeinen Verhältnissen jener Zeit, und insbesondere daraus, daß noch in der späteren Republik die Richter in den meisten Civilstreitigkeiten nicht minder als in Criminalsachen aus dem senatorius ordo genommen wer-

8) Gaj. IV, 46.

9) Cic. pro Cluent. c. 43: „Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset."

Digitized by Google

den mußten[1]). Nämlich ausgenommen waren gerade die centumviralia und, ſeit es deren gab, die recuperatoria judicia[2]). Das Centumviralgericht blieb aber freylich ſo wenig rein plebejiſch, als der Senat patriciſch, und inſofern konnten frühe ſchon auch Plebejer Einzelrichter werden. — Lange blieb in Rom der Senat im ausſchließlichen Beſitze der judicia, bis ſpäterhin abwechſelnd auch aus dem Ritterſtande, und ferner zum Theil ex plebe in dieſem S.[3]) die decuriae judicum gebildet[4]), d. h. die, wir würden ſagen,

1) Polyb. hist. VI, 17. Plaut. Rud. III, 4 v. 7 fgg. — Niebuhr R. G. Bd. 2 S. 10 fg.

2) *Ed. Hutchke* in Analecta litteraria cur. Imm. G. Huschke, Lips. 1826, p. 240 sq.

3) Plin. hist. nat. XXXIII. 7.

4) Mit den, einzelnen Prätoren übertragenen, Quäſtionen entſtand auch die Entwerfung von richterlichen Liſten, weil dieſe publica judicia nicht mehr judicia des geſammten Volkes waren. Eine lex Sompronia des C. Gracchus v. J. 631 hat die judicia vom Senate auf die equites übertragen (Vell. Paterc. II, 6. Cic. pro Scauro u. daſ. Ascon. Cic. Brut. 62. App. B. C. I, 22 — ſ. aber auch *Klenze* lex Servilia, cap. VI not. 1) —), die lex Servilia Caepionis hat ſie wieder dem Senate (Cic. Brut. 43, 44, 86, 87. de or. I. 52. Parad. V, 3. de inv. I, 49. Tac. A. XII, 60 Inscr. bey Gruter. p. 468 nr. 5, auch Val. Max. VI, 9 §. 13), die l. Servilia Glauciae abermals den Rittern gegeben (Cic. Brut. 62 u. fr. or. pro Scauro, fragm. leg. Serviliae c. 6 u. 7) u. eine l. Livia wieder den Senatoren (Vell. Pat. II, 13). Aber ſämmtliche Liviae leges wurden ſchon im J. 664 aufgehoben (Cic. de legg. II, 12, fr. or. pro Cornel. u. daſ. Ascon.) u. eine lex des Tribunen M. Plancius Silanus bewirkte eine temporäre Gemeinſamkeit der judicia zwiſchen Senatoren, Rittern u. ſelbſt einigen ex plebe (Cic. fr. or. pro Corn. u. Ascon. daſ.). Eine lex Cornelia des Sulla reſtituirte die judicia dem Senate (Tac. A. XI, 22. Cic. pro Cluent. 55. Ascon. ad Cic. in Caecil. pr. u. ad c. 3 vrgl. mit Cic. Verr. I, 13), aber im J. 684 hat eine lex judiciaria des Aurelius Cotta wieder drey Richterdecurien gebildet, aus Senatoren, Rittern u. tribunis aerariis (Ascon. ad Cic. in Pison. c. 39. ad Cic. in Caecil. c. 3, ad Cic. pro Cornel. sub fin.), was nur mit Veränderungen in der Wahl die beyden leges judi-

Digitized by Google

Listen von Geschwornen, welche klassenweise (als decuriae) je nach den verschiedenen ordines von dem zuvor beeidigten Prätor[5]) jährlich entworfen und öffentlich bekannt gemacht worden sind (die judices selecti und in albo relati)[6]). Als es noch blos Senatoren waren, scheint die Zahl zunächst 300 gewesen zu seyn, die aber so zunahm[7]), daß ihrer zu Augusts Zeit 1000, und nachher noch mehrere waren[8]). Solche Listen sind nun allerdings für die publica, aber auch für privata judicia entworfen worden[9]), obwohl nicht gerade

---

ciariae des Pompejus bestätigten (Ascon. ad Cic. in Pis. l. c. u. in arg. or. pro Milon.). Jul. Cäsar beschränkte die judicia wieder auf den senatorius u. equestris ordo (Suet. Jul. 41. Dio Cass. XLIII, 25), welchen aber zwey Jahre nach Cäsars Tode Antonius eine dritte Decurie aus Militairpersonen ohne Rücksicht auf ihren Census hinzufügte (Cic. Phil. I, 8. V, 5). August vermehrte die 3 Decurien, die er vorfand, mit einer vierten „ex inferiori censu", den ducenariis, d. h. die nur 200 Sesterz. im Vermögen hatten (Suet. Oct. c. 32). Eine fünfte fügte Caligula hinzu (Suet. Calig. c. 16) und dabey ist es geblieben, indem Galba die Bitte um Beyfügung einer sechsten nicht gewährt hat (Suet. Galba c. 14 f.). — Vgl. *Cujac.* Obss. XXI, 31. *Hop* de judicib. p. 529 sqq. *Jo. Tob. Krebs* de judicum Rom. decuriis, Lips. 1744, in opuscc. p. 61—108. *Klenze* l. Servil. p. XIV—XVI.

5) Wenigstens späterhin, nach Cic. pro Cluent. 43, war es der *urbanus* Praetor, welcher die judices für die verschiedenen judicia auf eine gemeinsame Liste brachte.

6) Cic. pro Cluent. 43. Phil. V, 5. Senec. de benef. III, 7 fin. Plin. hist. nat. praef. Suet. Claud. 16 med., u. für den Ausdruck selecti judices auch noch Hor. Sat. I, 4 v. 123. Ovid. Trist. II. v. 132. Reines. Inscr. VI, nr. 26 u. 113.

7) Cic. ad div. VIII, 8. ad Att VIII. ep. ult. Ascon. ad fr. or. pro Corn. L. Servil. c. 6, 7. Vellej. II, 76. — S. auch *Klenze* l. Serv. c. 6, not. 3ª (p. 21). *Tigerström* de judicib. p. 166 sq.

8) Plin. h. n. XXXIII, 1 u. 2.

9) Ueber diese doch meistens bejahte Frage, vgl. *Hop* p. 538 sqq. *Zepernik* ad Siccama de jud. Cent. p. 28 sqq. not. e). — *Ed. Huschke* in Anal. p. 239. *Heffter* ad Gaj. p. 24. *Klenze* l. c. p. XVI. — Dafür spricht, abgesehen von den Stellen in Not. 1),

Digitized by Google

die Recuperatoren (ſ. §. 17) und vielleicht auch nicht ſolche arbitri aus ihnen genommen wurden, bey welchen es auf irgend eine Kunſtverſtändigkeit ankam[10]). Auch konnten ſich auf jeden Fall die Parteyen ſelbſt über einen anderen judex vereinigen[11]).

§. 10.

Ernennung der Einzelrichter.

Der Magiſtrat (überhaupt der, welcher jus dandorum judicum hat[1])) ernennt für den einzelnen Fall jedesmal den

---

die Nachahmung dieſer Einrichtung in den Provinzen, vgl. §. 10, dann Sen. de benef. III, 7 f. Gell. XIV, 2. Arg. Plin. h. n. praef. Daß aber die Liſten zur Zeit der Republik für publica u. privata judicia gemeinſam waren, dafür beruft ſich jezt Klenze auf das aus 5 Senatoren u. 5 Rittern (alſo ganz nach Cäſars Einrichtung) zuſammengeſezte consilium für die causae probatio (Bd. 1 S. 765 fg.), deſſen Mitglieder *judicos* waren L. 16 D. de man. vind. (40, 2). L. 1 C. de vind. (7, 1). S. noch §. 17 bey Not. 10) u. 11). Bey Suet. Octav. c. 32 wird offenbar vorausgeſezt, daß auch die Richter über Privatſtreitigkeiten aus den Decurien genommen wurden. Aber wenigſtens zu Gellius Zeit waren auf jeden Fall für die privata judicia beſondre Liſten entworfen worden, Gell. l. c.: „quo primum tempore a Praetoribus lectus in judices sum, ut judicia, quae appellantur privata susciperem.“ Das erklärt ſich indeſſen leicht durch das allmählige Verſchwinden der publica judicia, die ſchon zu Paulus Zeit nicht mehr exiſtirten, L. 8 D. de publ. jud. (48. 1), indem der Senat, der Kaiſer u. ſeine Präfecten nach u. nach die Criminaljuſtiz erhielten.

10) Auf Beydes kann Sen. l. c. bezogen werden: „non potest ad haec sumi judex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit.“

11) S. §. 10 u. Arg. L. 57 D. de re jud. (44, 1). — Durch dieſe Modificationen verſchwinden wohl die Schwierigkeiten, welche Zepernik auch namentlich darin findet, daß nach den Digeſten kein Stummer, Wahnſinniger ꝛc. judex ſeyn könne (ſ. §. 12), da doch ein ſolcher gewiß nicht auf die Liſten gekommen, was übrigens auch heißen kann: er ſoll nicht auf die Liſten kommen.

1) L. 12 §. 1, 2. L. 81 D. de jud. (5, 1). — L. 12 D. de off. proc. (1, 16). L. 23 §. 1 D. de app. (49, 1). L. 1 C. de ped.

judex (dare), und zwar im Formularprozesse durch die bloße Conception der Formel (s. §. 8), ohne daß Gegenwart des judex selbst erforderlich [2]). Die Parteyen aber mußten sich zuvor über die Person des Richters vereinigt haben [3]); sie konnten ihn selbst erwählen (sumere [4])), welchen alsdann der Magistrat addicit [5]), und zwar entweder so, daß der Kläger vorschlug (judicem ferre) [6]), oder daß er den Beklagten selbst wählen ließ, was nicht rathsam war [7]). Außerdem schlägt der Magistrat vor [8]), welchen dann beyde Parteyen ohne Weiteres annehmen [9]), oder welchen der eine und der andere Theil ohne Angabe von Gründen verwerfen kann (recusare, rejicere) [10]). Es wurde das auch ejerare genannt [11]), ohne daß dieser oder der einmal vorkommende Ausdruck: „ejero, iniquus est“ [12]), auf die Nothwendigkeit einer bestimmten Formel oder eines Eides zu schließen be-

---

jud. „Procuratori nostro — dandi judices inter privatas personas non competere facultatem —.“ — L. Mamilia c. 5 (bey Goes. script. rei agr. p. 340) „— — ejus magistratus ea de re jurisdictio, judicisque datio, addictio esto.“

2) L. 39 pr. D. de jud. (5, 1).

3) S. §. 8 a. E. L. 57 de re jud. (42, 1).

4) Cic. pro Flacc. 21. in Verr. III, 13. L. 47 pr. D. fam. erc. (10, 2). L. 21 pr. D. quod vi (43, 24).

5) L. 39 pr. L. 46, L. 80 D. de judic. L. 4 f. D. de eo quod certo (13, 4). Fr. leg. Mam. in Not. 1).

6) Cic. pro Rosc. C. c. 14 u. 15. de orat. II, 70.

7) Quinct. I. O. V, 6 „— neque optio judicis adversario — permittenda.“

8) Das Loos entschied freylich bey den publicis judiciis und etwa bey den Recuperatoren (§. 17), außerdem ist es unerweislich. Plin. h. n. prooem. „plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat“, ist zu allgemein.

9) Cic. Verr. II, 12 init.

10) Cic. Verr. III, 3, 11, 13, 41, 59, 60. Plin. Paneg. 36. Was hier von Recuperatoren gesagt ist, gilt natürlich auch sonst.

11) Cic. Phil. XII, 7. Verr. III, 60. Varro de L. L. VI.

12) Cic. de or. II, 70.

rechtigt, eben weil ja gerade vom Consens der Parteyen die Wahl des Richters abhängt[13]). Das Verfahren in Rom ahmten die Vorsteher der Provinzen nach, und bildeten in jeder Stadt, in welche sie zu Ausübung der Rechtspflege kamen (§. 6), Decurien aus einem dortigen Verein römischer cives, aus dem conventus in w. S.[14]), aus welchem in der Regel die recuperatores und der judex gegeben wurden. In Sicilien wenigstens war das der Fall[15]), und es blieb den Parteyen alsdann die Wahl oder die Verwerfung der Richter anheim gestellt. Daß überhaupt die Conventus zum Zweck der judicum datio veranstaltet wurden, das ergibt sich wohl auch daraus, daß sie mit dem ordo judiciorum aufgehört haben. So lange als dieser hat gewiß überall die beschriebene Weise der richterlichen Ernennung gedauert, denn ein Hadrianisches Rescript, wonach gerade derjenige, welchen die Eine Partey speciell verlangt hat, ohne kaiserliche Dispensation, nicht zum judex gegeben werden soll[16]), beweist vielmehr im Ganzen nur die Fortdauer der alten Grundsätze.

§. 11.

Gemeinsames Judicium.

Mehrere von Einem Kläger gegen denselben Beklagten zu gleicher Zeit geltend gemachte Klagen wurden nur an Einen Judex gewiesen. Wer es vermeiden und deshalb zu verschiedenen Zeiten klagen will, der mußte wenigstens bis zur nächsten Prätur warten, weil er unter derselben durch die exc. rei residuae, sowie er, wenn er Etwas nur zum Theil eingeklagt hat, und den Rest bey demselben Prätor geltend

---

13) Gesterding im Archiv. f. civ. Pr. Bd. 6, S. 242 fg.

14) Fest. v. „*Conventus* quatuor modis intelligitur — — — tertio cum a magistratibus judicii causa populus congregatur.“ Vgl. Theoph. I, 6 §. 4.

15) Cic. Verr. II, 13. III, 11, 59, 60. *Huschke* l. c. p. 246.

16) L. 47 D. de jud. (5, 1).

Digitized by Google

machen will, mit der exc. litis dividuae zurückgewieſen wird [1]). So wenigſtens berichtet Gajus, und anderwärts iſt nicht davon die Rede. Wenn aber Ein Kläger gegen mehrere klagt, oder eben ſo, wenn von mehreren Klägern gegen Einen oder gegen Mehrere geklagt wird, ſo wurden immerhin, wie gewiß auch in dem zuerſt erwähnten Falle, verſchiedene formulae concipirt, in welchen aber dennoch ein und derſelbe Judex ernannt, und dadurch ein gemeinſames Judicium angeordnet werden konnte; und das ſcheint dann geſchehen zu ſeyn, wenn die Sachen ſelbſt connex waren [2]). Namentlich trat das ein bey Theilungsſtreitigkeiten, auch ſelbſt wenn verſchiedene Erbſchaften den prozeſſirenden Parteyen und nicht einmal die ſämmtlichen Erbſchaften einer jeden Partey gemeinſchaftlich waren [3]). Dennoch war es gar nicht einmal nöthig, daß ſogar dieſelbe Erbſchaft unter allen Miterben durch einen und denſelben Prozeß zur Theilung gebracht wurde [4]), denn es konnte z. B. ſeyn, daß ſie nicht alle demſelben Magiſtrate unterworfen waren, vgl. §. 28. geg. d. E. Zuſammen verklagten Contutoren ſoll nach kaiſerlichen Reſcripten Ein Judex gegeben werden [5]), und wenn der verklagte Eine Tutor das beneficium divisionis geltend

1) Gaj. IV, 122, 56.

2) Quinct. I. O. III, 10. „Privata quoque judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent: nec aliae species erunt, etiam si unus a duobus duntaxat eandem rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus, quod accidere in hereditariis litibus interim scimus, quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi conditio personarum quaestiones variaverit. Vgl. L. 1 §. 4 f. D. quod legat. 43, 3 u. unt. §. 113. — *Jo. Aug. Bach* de causis conjunctis, in opuscc. nr. VII.

3) Qu. l. c. fin. L. 1 D. de quibus rebus ad eundem judicem eatur (11, 2). L. 25 §. 3—5 fam. erc. (10, 2). L. 52 § 14 pro socio (17, 2).

4) L. 2 §. 4 D. fam. ercisc. L. 17 C. eod. (3, 36).

5) L. 5 C. arb. tut. (5, 51), worin Gordian reſcribirt: „ad eundem judicem ire debere, *jam pridem constitutum est.*“

Digitized by Google

macht, und der Kläger belangt nun auch die übrigen, so wird wiederum derselbe Judex ertheilt [6]). Ueberhaupt mußte das überall geschehen, wo widersprechende Urtheile zu befürchten standen, z. B. einem Senatusconsulte zufolge, wenn Mehrere einen Sclaven als einen gemeinschaftlichen vindiciren [7]). Ist die eine Sache von der andern abhängig, so kann aber auch die präjudicielle zuerst behandelt werden [8]). Auch kann selbst der Beklagte die mehreren Theilnehmer zur gemeinsamen Verhandlung auffordern (denuntiare), obwohl es freylich nicht erzwingen [9]). Ueberhaupt kann kein Beklagter aus dem Grunde, weil auf klägerischer oder beklagter Seite noch Mehrere an der Sache Antheil hätten, litis consortes seyen, es verhindern, daß dennoch blos zwischen ihm und dem, welcher gerade geklagt hat, das Judicium eingeleitet werde, sobald die Andern nicht freywillig beytreten, oder gleichfalls so verklagt werden, daß sie noch vor denselben Richter gestellt werden konnten [10]). Diesen Grundsätzen zufolge gibt es also weder eine s. g. subjective noch objective Klagenhäufung in dem Sinne, als wenn das gemeinsame Anbringen bey demselben Magistrat erzwungen werden könnte (s. noch §. 28), oder

---

6) L. 2 D. h. t. (11, 2).

7) L. 8 §. 1, 2 de lib. caus. (40, 12). S. ferner L. 9 pr. fin. ibid.

8) L. 23 §. 2 de lib. caus. Si mater et filius de libertate litigant: *aut conjungenda sunt utrorumque judicia aut differenda est causa filii donec de matre constat;* sicut D. quoque Hadrianus decrevit, nam cum apud alium judicem mater litigabat, apud alium autem filius: Augustus dixit, ante de matre constare oportere, sic deinde de filio cognosci. S. auch §. 96.

9) L. 5 §. 6 si cui plus quam per l. Falcid. (35, 3).

10) L. 31, L. 44 de jud. (5, 1). L. 39. §. 17 D. de adm. et per. tut. (26, 7). L. 9 pr. §. 1 sqq. D. de lib. caus. (40, 12). Ferner Julians L. un. C. Th. de dominio rei etc. (2, 5), welche dieses von Constantin theilweise geänderte „antiquum jus“ super consortibus wieder hergestellt hat, vrgl. §. 29.

Digitized by Google

in dem Sinn, als wenn die gemeinsam angebrachten Klagen in derselben formula zusammengefaßt werden müßten. Wohl aber können nach des Magistrates Ermessen und müssen bisweilen die verschiedenen Klagen, wenn sie gemeinsam angebracht sind und werden konnten, an Einen Judex gewiesen, also insofern die Judicia conjungirt werden. Ob deshalb immer Eine Sentenz gefällt[11], oder ob wenigstens über alle Rechtssachen gleichzeitig erkannt werden mußte, das läßt sich darum nicht gerade behaupten. Gewiß ist aber, daß über Mehrere in Einer Sentenz erkannt werden konnte[12].

§. 12.

Das judiciale munus.

Die Ernennung macht zum Judex, denn der Auftrag kann nicht abgelehnt werden, es war ein personale munus, und der judicandi necessitas enthoben zu seyn, ein Privilegium, welche excusatio aber in der Regel nur vor der Uebernahme des Amts, nicht mehr „post causam actam" zugelassen wurde[1]. Auch schon bey Bildung der Listen entsteht die Rücksicht auf vacatio[2], und eine solche gewährt insbesondere[3] die lex Julia judic. sowohl privatorum als publicorum als ein jus liberorum[4]. Uebrigens muß man auf jeden Fall zum Judiciren fähig seyn. Unfähig war man natura, lege, moribus[5]. 1. Die natürlichen Gründe tre-

---

11) L. 10 pr. D. de app. (49, 1).

12) L. 10 §. 3, 4 D. eod. Tit. C. si plures una sententia condemnati sunt (7, 55).

1) Cic. Phil. V, 5. L. ult. §. 14 D. de munerib. (50, 4). L. 13 §. 2, 3 D. de vacat. (50, 5). L. 6 §. 8 f. de exc. (27, 1).

2) Suet. Octav. 32.

3) Einen anderen Fall erwähnt Plin. epp. X, 66.

4) Vat. fr. §. 196, 197, 198 vgl. mit L. 1 pr. D. de vacat. u. mit Suet. Claud. 15.

5) L. 12 §. 2 de jud. (5, 1).

Digitized by Google

ten natürlicher Weise von jeher ein, und verstehen sich im Ganzen von selbst [6]). Auch das unmündige Alter gehört dazu [7]). Gezwungen zum Richteramte wird man aber der lex Julia (judiciaria) zufolge erst mit vollendetem zwanzigjährigen Alter [8]), woraus aber nicht folgt, daß nicht auch, wer jünger ist, Richter seyn dürfe. Ist er aber jünger als achtzehn Jahre, so gilt, nach einer Aeußerung des Paulus, seine Sentenz nur insofern, als entweder die Parteyen wissentlich einen solchen minor erwählt haben, oder als er bereits eine Magistratur bekleidet [9]). Wieder eine andere Frage ist es, mit welchem Alter man auf die richterlichen Listen gebracht worden. Darüber nämlich wird von August gesagt [10]): „judices a tricesimo aetatis anno allegit, i. e. quinquennio maturius quam solebant.“ Daß vicesimo zu lesen, ist zwar nicht unwahrscheinlich, aber auch nicht nothwendig [11]). — 2. Gesezliche Unfähigkeit ist die durch leges judiciorum publicorum begründete, und 3. als durch die Sitte verhindert werden, was sich von selbst versteht, Sclaven und Frauen genannt [12]). Dagegen ist die Verwandtschaft an sich kein Hinderniß, selbst der Vater kann zum judex des Sohnes ernannt werden und umgekehrt [13]), da ja freye Recusation besteht.

---

6) Vgl. L. 12 §. 2 cit. Ein Blinder konnte judex seyn L. 1 §. 5 D. de post. (3, 1). L. 6 de jud. (5, 1).

7) Vgl. noch L. 2 §. 1 de R. J. 8) L. 41 de recept. (4, 8).

9) So L. 57 de re jud. (42, 1), die also mit L. 41 cit. nicht im Widerspruche steht: *Bynkersh.* Obss. VI, 17.

10) Suet. Oct. 32.

11) Wegen L. 41 D. cit. hat *Cujac.* Obss. XXI, 32 diesen Vorschlag gemacht, welchen die Herausgeber gebilligt haben, Ernesti mit der Bemerkung, das 25jährige Alter sey ja aetas legitima gewesen, auch *Hefftter* ad Gaj. p. 30 S. aber Unterholzner in Tüb. krit. Ztschrft. Bd. 4, S. 214.

12) L. 12 §. 2 D. de jud. (5, 1). L. 2 de R. J.

13) L. 77 de jud. L. 6 de rec. (4, 8).

§. 12.

Nach der Ernennung.

(Eid. Ort fürs judicium. Berathung.)

Der ernannte judex scheint auf gewissenhafte Erfüllung der ihm in der speciellen Sache obliegenden Pflicht beeidigt worden zu seyn[1]). Oft war es wohl ein Rechtsgelehrter (z. B. Aquilius Gallus) aber keineswegs immer, der zum Judex erwählt worden. Um so mehr also mußte er sich Raths erholen können, eben so wie der Magistrat, besonders nach geschlossener Verhandlung[2]), auch zum Theil bey dem Magistrate selbst, der ihn bestellt hat[3]). Insbesondere aber pflegten sich die judices während der Verhandlung mit consiliarii zu umgeben, an welche die patroni bisweilen so gut, wie an den judex selbst ihre Rede richteten. So war es zu Ciceros Zeit und durch den ganzen Formularprozeß hindurch[4]). Dabey saßen der Richter und seine Räthe auf Subsellien umher (denn ein Tribunal hatte nur der Magistrat)[5]). Die Meinung, daß der Richter *gestanden*, hat keinen Grund[6]). Als den Ort für die gerichtliche Ver-

1) Das wird zwar nicht erwiesen durch Stellen, wie L. 79 §. 1 de jud. L. 2 D. si usufr. pet. (7, 6), welche von judicis religio sprechen, wohl aber durch Justinians Zeugniß in L. 14 pr. C. de jud. (3, 1) (denn untergehn mußte es mit der Ernennung der privati judices von selbst) verb. mit Val. Max. VII, 2 §. 4. Aber Cic. de off. III, 10 könnte auch auf die publica judicia gehn.

2) Gell. XIV, 2 (s. Not. 4).

3) L. 79 §. 1 D. de jud. (5, 1).

4) Cic. pro Quinct. c. 1, 2, 6, 10, 17. pro Rosc. C. c. 8. pro Cluent. c. 27, 30. Val. Max. VIII, 2 §. 2. Suet. Domit. c. 8. Gell. XII, 13. XIV, 2 „— Amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres — non sedendum diutius, ac nihil esse dubium, quin absolvendus foret etc. Sed enim ego — nequaquam adduci potui ad absolvendum. Jussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum etc."

5) Gell. l. c., so wie die Analogie des Criminalprozesses.

Digitized by Google

handlung bezeichnen die zwölf Tafeln das Forum oder Comitium, s. §. 110, und das war auch in der Folge das Gewöhnliche, da ja von der Rednerbühne herab die Patronen zu sprechen hatten. Indessen konnte auch der Magistrat bey Anordnung des Judiciums den Ort bestimmen, und auf jeden Fall hat es dafür überall consueta loca gegeben, aber immer öffentliche[7]).

Insbesondere von den Centumvirn *).

§. 14.

Entstehung, und die Decemviri lit. jud. **).

Zur Zeit der Republik und nachher wird sehr oft einer Mehrheit von judices[1]) gedacht, welche unter Leitung eines römischen Magistrats in Civilprozessen[2]) als Collegium

6) Man beruft sich auf Cic. Brut. c. 84 „— ad stantem judicem dicant", was aber nicht auf das röm. judicium privatum geht, s. *Tigerström* p. 175.

7) L. 59 D. de jud. (5, 1). Arg. L. 21 §. 10, 11 de rec. (4, 8).

*) *Raevard.* Protribun. c. 20. — *Sibr. Siccama* de judicio Centumvirali libri II. Franequ. 1596. Hal. 1725 u. recens., animadvv. et opuscc. auxit *C. Fr. Zepernik*, Hal. 1776. — Hugo Rg. 10te A. S. 622 fgg. S. 875. *Heffter* ad Gaj. Obs. IX. *Tigerström* p. 208—290.

**) *Raevard.* Protrib. c. 18, 19. *Noodt* de jurisd. I, 12. *Hop* l. c. p. 512—516. *Zepernik* ad Siccama I, 9 not. a), p. 72—77. — *Tigerström* p. 290—345.

1) So heißen die Centumvirn oft, z. B. Plin. epp. IV, 16. V. ep. ult VI, 33. IX, 23. Quinct. I. O. XI, 1 nr. 78. — L. 10 pr. D. de inoff. test. (5, 2) u. s. w. Aber ihr judicium wird dem privatum judicium entgegengesezt, z. B. Cic. de or. I, 38 f., 39, die Centumviri dem privatus judex, Qu. I. O. V, 10 nr. 115. Allein es ist damit nicht das publicum judicium gemeint, s. Not. 2) u. *Graevius* animadvv. ad Siccam. in praef. Thes. T. II. nr. 29 u. 30 oder in Siccama ed. Zepern. p. 179 sqq.

2) Cic. de or. I, 38. — Cic. or. c. 7: „aut reum prospere defendere aut apud Cviros causam aliquam feliciter orare." Der Gegensaz in Not. 1) bezieht sich auf die Verschiedenheit zwischen

Digitized by Google

(es ſey nun jedesmal Alle zuſammen, oder ein Theil von ihnen [3])) Recht ſprachen (judicirten), und zwar unter dem Namen centumviri, die nur in Rom vorkamen [4]), und die ſich auch von den ebenfalls dem *unus* judex entgegengeſetzten Recuperatoren (§. 17) dadurch unterſchieden, daß ſie nicht erſt jedesmal für den einzelnen Fall vom Magiſtrat ernannt wurden. Vielmehr wurden ſie, zunächſt wenigſtens, je drey aus jeder Tribus, alſo ihrer 105, als es 35 Tribus gab, ernannt, die man aber nach der runden Zahl die Hundertmänner nannte [5]). Der Ausdruck iſt alſo

dem Centumviralgerichte oder der Gerichtsbarkeit bey einem Privatrichter, ſ. Plin. epp. VI, 33 u. Qu. l. c., wonach „alia apud Cviros alia apud judicem privatum *in iisdem quaestionibus* ratio.“ So erklärt ſich auch der Gegenſaz mit res privatae bey Ovid. Trist. II v. 93 sq. — Bey Qu. I. O. IV, 1 nr. 57 muß aber geleſen werden: „quibusdam in judiciis maximeque capitalibus, *et* (oder *ut et* nicht ut) apud Cviros —“; vgl. *Siccama* I, 7 u. *Zepernik* ib. not. a), p. 54 sq. Das „ne ex Cvirali judicio capitis rei exirent“ bey Qu. ibid. heißt: „damit nicht hernach ein capitale judicium veranlaßt werde.“ S. auch Plin. epp. I, 5. Ueberhaupt deutet nichts darauf hin, daß das Centumviral- auch ein Criminalgericht geweſen, was freylich jezt auch wieder *Tigerſtröm* p. 315 sq. behauptet. Selbſt Phaedr. lib. 3, fab. 10 darf gewiß nicht mit *Graev.* l. c. u. *Zepernik* ad Sicc. I, 6. not. f) ſo erklärt werden, als wenn über die bey der Civilverhandlung hervortretenden Verbrechen als ſolche ebenfalls von den Cvirn erkannt werden könne. Allerdings konnten in jenem Falle die Centumvirn nur der Erbſchaft wegen angegangen werden, über das Verbrechen ſelbſt aber mußte offenbar ein anderes Gericht erkennen, wenn es auch für des Dichters Zweck gleichgültig war, das hervorzuheben.

3) Nämlich auf jeden Fall immer in der Mehrzahl, ſ. Cic. de or. I, 39. in Rull. II, 17. Val. Max. VII, 7. 2 u. ſ. w.

4) Varro de re rust. II, 1. Phaedr. l. c.

5) Das, aber mehr nicht, iſt der Inhalt des einzigen Zeugniſſes über dieſes Verhältniß, der Stelle bey Fest. v. Centumviralia. Dennoch iſt darauf die bisher allgemeine Meinung gegründet, daß das Cviralgericht nicht vor dem J. 512, ſeit welchem die Zahl der Tribus auf 35 geſtiegen war, oder höchſtens einige Jahre vorher, als es nur erſt 31 Tribus gab, entſtanden ſey. Oft hat man

nur durch die tägliche Rede, nicht gesezlich begründet. Darum könnte nicht blos dann schon ein solches Gericht entstanden seyn, als die Zahl der Tribus auch nur 31 war[6]), sondern selbst in der ältesten, nämlich Servianischen Zeit, wo es ihrer 30 Tribus gab[7]), also der judices 90 gewesen wären. Der Name centumviri mag immerhin später aufgekommen seyn. Und allerdings scheint in den judices, welche Servius für Privatprozesse ernannt haben soll[8]), die Entstehung des späteren Centumviralgerichts gesucht werden zu müssen[9]), welches also dann wohl plebejischen Ursprungs gewesen. Denn wer könnte sonst unter diesen Richtern, und wer ferner unter den judices gemeint seyn, welchen die sogleich nach den zwölf Tafeln erlassene lex Horatia unter den plebejischen Behörden Schuz zusagt[10])? Schon diese Wahl aus den Tribus deutet

die Errichtung des Gerichts der lex Aebutia zugeschrieben (Bd. 1, §. 31, Not. 29), welcher Meinung selbst Hefftter (ad Gaj. Obs. VII) nicht abgeneigt ist, der aber schon vorher Bethmann-Hollweg in Ztschr. f. gesch. Rw. Bd. 5, S. 360 u. nachher Unterholzner in Tüb. kr. Ztschr. Bd. 4, S. 211 fg. widersprochen hat.

6) *Hefftter* ad Gaj. p. 22.

7) Niebuhr R. G. Bd. 1 S. 429 ff., 3te A. S. 459 fgg.

8) Dion. IV, 25.

9) So jezt Niebuhr Bd. 1 S. 441, 3te A. S. 473, welcher auch auf eine ähnliche Andeutung bey Ant. Augustinus aufmerksam macht.

10) Liv. III, 55 „ut, qui tribunis plebis, aedilibus, *judicibus*, *decemviris* nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset etc.“ Unter den judices die Consuln, einen damals patricischen Magistrat, zu verstehn, ist unmöglich, obwohl noch *Hefftter* ad Gaj. p. 6 dieser Meinung ist. Selbst die Meinung derer, welchen Livius widerspricht („Fuere, qui interpretarentur eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus — cautum esse, judicem enim consulem appellari.“) war nur, daß der Ausdruck judices auch auf die Consuln bezogen werden könne. Kaum glaublich ist es nämlich, daß man zu Livius Zeit nicht mehr gewußt haben sollte, wer jene judices waren, aber offenbar haben die Patricier den generell gefaßten Ausdruck auch zu Gunsten ihrer Behörde deuten wollen

auf alte Zeiten, ſowie das Symbol der Lanze (§. 15), die mit dem ſabiniſchen Namen quiris hieß, woraus man den Ausdruck Quirites häufig abgeleitet [11]), und ſelbſt die Gegenſtände (§. 36). Das aber folgt nicht, daß das Gericht ein plebejiſches geblieben, daß es nicht, wie die Rechtsverſchiedenheit zwiſchen Patriciern und Plebejern ſelbſt verſchwunden, ein Nationalgericht geworden, da ja die 35 Tribus bereits die geſammte Nation umfaßten [12]), ſowie denn in der Folge auch die Zahl der Centumvirn weit über 105 hinaus, hin und wieder auf 180 geſtiegen war [13]). — Eine Auguſtiſche Einrichtung iſt es: „ut centumviralem hastam — decemviri cogerent“ [14]), nämlich die decemviri litibus (stlitibus [15])) judicandis, welche Pomponius einen Magiſtrat, qui hastae praeesset, nennt [16]), und deren bereits Cicero unter jenem Namen gedenkt [17]), welcher auf richterliche Function hinweiſ't, die ſie zu Ciceros Zeit gewiß ausübten [18]), wobey es aber immerhin ungewiß bleibt, ob ſie

---

— und darüber hatten die Römer geſtritten. — Ueber die älteren Meinungen ſ. die Noten bey *Drakenborch* ad Liv. l. c. u. bey *Bach* h. j. p. 134 sq.

11) Fest. v. Curis. Plut. qu. Rom. c. 87. Ovid. Fast. II v. 477 sq.

12) Cic. Phil. VI, 5. in Rull. I, 7. in Verr. I, 5. Liv. XLV, 15: „omnibus XXXV tribubus emovere — i. e. civitatem libertatemque eripere.“

13) Plin. epp. VI, 33.

14) Suet. Octav. c. 36. — Vgl. Plin. epp. V, ep. ult. „sedebant judices, decemviri venerant.“ Dio Cass. LIV, 26.

15) So auch in Inſchriften, vgl. *Ritter* ad Heinecc. hist. jur. I, 58.

16) L. 2 §. 29 D. de O. J. Wie unſicher in jeder Beziehung dieſe Stelle iſt, darüber ſ. *Zepern.* ad Sicc. p. 72 sqq. *Heffter* ad Gaj p. 10 sq.

17) Cic. or. c. 46.

18) Daß ſie wenigſtens in Freyheitsſtreitigkeiten judicirten: Cic. pro Caec. 33, pro domo 29 fin. Das judicium Decemvirûm nennt auch Varro L. L. VIII. 49.

Digitized by Google

nicht dennoch eine Art Magistrate waren [19]), was wenigstens von Augustus an der Fall gewesen zu seyn scheint [20]). Mit dem consilium manumissionis causa (Band 1, §. 208) sind sie gewiß nicht identisch [21]), da dieses als solches mit Prozessen (lites) nichts zu thun hatte. Durchaus dunkel ist aber allerdings sowohl die Bestimmung [22]) als die Entstehung der Decemvirn. Doch mögen sie auch schon vor August eine Beziehung zum Centumviralgerichte gehabt haben [23]), und es können die decemviri, welchen, gleich den judices, die lex Horatia Schuz zusagt, nicht leicht andere, als diese gewesen seyn [24]). Ob aber dabey an eine, auf gewisse judicia beschränkte, Fortsetzung des alten Decemvirats zu denken sey, muß auf sich beruhen [25]).

---

19) Cic. de legg. III, 3 sagt von minores magistratus: „lites contractas judicanto."

20) Arg. Ovid. Fast. IV. v. 383. Spart. Hadr. c. 2. L. 2 §. 29 cit. S. *Hop* p. 513 sq. *Zepernik* l. c.

21) So *Raevard.* l c. *Noodt* l. c. *Schulting* ad Ulp. I, 3 u. A. S. dageg. *Zepern.* l. c.

22) Tigerström hält diese Decemvirn für identisch mit jenen, von welchen in Ciceros Reden de lege agraria die Rede ist, wodurch er zu ganz eigenthümlichen Resultaten kömmt, z. B. daß es Magistrate gewesen, welche die Ackervertheilung und die Auctionen zu leiten hatten und andere Geschäfte der Art, auch gewisse namentlich den ganzen Staat interessirende judicia zu exerciren und die ferner auch über alle die Gegenstände erkennen konnten, welche vor die Centumvirn kamen u. s. w.

23) A. M. Zepern. l. c. not. g) p. 69. u. Hollweg S. 373.

24) S. hierüber Hugo Rtsg. vierte Aufl. §. 118, S. 159. Heidelb. Jahrb. der Philolog. v. 1810, S. 26; Löhr in Heid. Jahrb. der Jurispr. v. 1810, S. 101. — *Hefter* ad Gaj. p. 9. An die Exdecemvirn legibus scribundis dachten *Stockmann* zu Bach p. 134, so wie mehrere Ausleger des Livius. Schon Drakenborch ist durch eine Andeutung Augustins veranlaßt worden, die Meinung zu bestreiten, als wären die decemviri lit. jud. gemeint, aber nur wegen Fest. v. Centumviralia u. L. 2 §. 29 D. cit. Hingegen gesteht er selbst die Worte bey Livius nicht erklären zu können.

Digitized by Google

§. 15.

Verfassung des Centumviralgerichts.

Was wir von der Verfassung des Centumviralgerichts wissen, beruht großentheils auf Nachrichten aus der Zeit der Kaiser. Inwiefern es also schon vorher so gewesen, ist freylich ungewiß, um so mehr, als eine Veränderung auf jeden Fall von August herrührt, nämlich die den Decemvirn übertragene Leitung (das cogere), deren im vorigen §. gedacht worden, und welche vorher den Exquästoren zustand [1]). Eben aber, weil hier nur im Personale, nicht in der Sache selbst geändert worden, und weil da, wo das erzählt wird, die Angabe bedeutender Augustischer Reformen kaum unterbleiben konnte, so scheint es nicht, als wenn August hier Wesentliches geändert hätte. Nur Vorträge sollen von Cicero und anderen großen Rednern nicht vor den Centumvirn gehalten worden seyn, außer einmal unter August (Band 1, S. 117), während nachher die früherhin von anderen (nämlich von den *publicis* judiciis) verdunkelten Centumviralsachen den ersten Rang einnahmen [2]). Auf die Verfassung

---

25) S. Hypothesen bey *Hefster* obs. 3.

1) Suet. Octav. 36.

2) Das ist der Sinn von Dial. de orat. c. 38. Vgl. *Zepernik* l. c. not. f), p. 67 sqq. Die Veränderung erklärt sich mit dem Aufhören der Republik und dem zunehmenden Despotismus von selbst. Daß unter den Civilsachen die bey den Cvirn nicht auch früherhin von Bedeutung gewesen, wird nicht geleugnet. Vielmehr vgl. Cic. pro Caec. c. 18 f., c. 24 u. selbst de orat. I, 38 ferner II, 23. — Uebrigens meint Tigerström (p. 237 sqq.) die Cvirn hätten vom Recht nichts verstanden, nur unbedeutende Sachen seyen da vorgekommen, niemals wäre das Gericht von großer Bedeutung gewesen, die Richter hätten ja nach Quinct. I. O. IV, 1, nr. 57 blos amüsirt seyn wollen u. d. m., wobey hauptsächlich die Ungebühr, über welche Plin. II. ep. 14 klagt, als der sachgemäße Zustand aufgefaßt wird. — Hingegen (p. 259 sqq.) sey die Haupt- u. ursprüngliche Bestimmung der Cvirn die Leitung öffentlicher Auctionen, auch die Location der agri publici u. s. w. gewesen,

des Gerichts aber kann vielleicht die lex Aebutia mehr Einfluß gehabt haben, als eine lex Julia. — Die Abtheilung des Gerichts in mehrere Senate, nachher wenigstens consilia oder tribunalia genannt [3]), bestand wohl bereits zu Ciceros Zeit [4]). Im Consilium entschied Stimmenmehrheit [5]); daß aber dann wieder die Gesammtstimmen verglichen wurden [6]), ist nicht nur unerweislich, sondern es scheint über jede einzelne Frage immer nur Ein Consilium geurtheilt zu haben [7]), d. h. allerdings auch in derselben Rechtssache mehrere Consilia, wenn die Sache in mehrere Prozesse zerfiel, wie wenigstens bey der stets vor die Centumvirn gebrachten inofficiosi querela der Fall ist, sobald gegen verschiedene Testamentserben geklagt wird [8]). Die Plädorien freylich sind immerhin

---

weil nämlich grade bey den Centumvirn die hasta vorkomme und wegen ihrer Verbindung mit den Decemvirn.

3) Consilia bey Val. Max. VII, 7. 1 u. Plin. epp. VI, 33. Tribunalia in L. 76 pr. D. de leg. 2 (31). Quinct. I. O. XII, 5 sub fin.

4) Denn des Falles, daß der von seinem Vater präterirte miles „omnibus non solum consiliis sed et sententiis" gesiegt hat (Val. Max. l. c.) gedenkt Cic. de or. I, 38 f. u. 57.

5) Val. Max. l. c. Ueber Stimmengleichheit L. 10 pr. D. de inoff. test., welche Stelle freylich meistens von Gleichheit der Gesammtstimmen, also von dem Falle verstanden wird, daß 2 consilia für 2 gegen stimmen, z. B. *Raevard.* l. c. c. 20. *Siccama* p. 107. *Hefftter* ad Gaj. p. 37. S. aber das Folgende.

6) So *Tigerström* p. 223 u. Hefftter im Rh. Mus. f. Jur. II, 1 S. 113.

7) Daher konnten auch verschiedene Gegenstände vor den verschiedenen Tribunalen gleichzeitig neben einander verhandelt werden, Plin. epp. II, 14.

8) Im Falle bey Val. Max. l. c. war gegen mehrere Erben geklagt worden, u. der Sinn der Worte ist also der: „Der Kläger hat nicht nur in jedem Consilium d. h. gegen jeden Beklagten, sondern auch jedesmal einstimmig (durch alle Vota) den Sieg davon getragen." In dem Falle bey Plin. VI ep. 33 war wiederum gegen mehrere scripti heredes die querela inofficiosi angestellt worden, und zwar allerdings nicht blos gegen die Stiefmutter u.

Digitized by Google

vor den sämmtlichen dabey judicirenden Tribunalen, also wenn Alle mit der Sache beschäftigt waren, vor dem Plenum gehalten worden [9]). Ob es Fälle gegeben, wo das Plenum als solches erkannte, muß dahin gestellt bleiben; in mehr als 4 Tribunale war es aber unsres Wissens nicht getheilt [10]), vielmehr wird das centumvirale auch quadruplex judicium genannt [11]). Wie viel Mitglieder in Einem Consilium gegenwärtig seyn mußten, läßt sich nicht ausmitteln; man könnte glauben, wenigstens sieben, wenn der Ausdruck septemvirale judicium echt wäre [12]). Die duplicia centumvi-

---

den Suberinus (wie gegen *Cujac.* obss. X. 20 Hefftter bemerkt hat); allein nur gegen diese beyden, also nur in zwey Consilien, hat der Kläger den Sieg errungen. Eben so sezt auch die L. 76 de leg. 1. nur einen theilweisen Sieg, nicht also bey allen Tribunalen voraus. — Damit widerlegen sich alle Schwierigkeiten, welche Hefftter (a. a. O. S. 114 fg.) findet; denn wohl nie haben „gegen einen einzigen Beklagten alle Tribunale zusammen sprechen müssen." Daß aber dadurch „contraire Urtheile" entstehen können, das steht nicht entgegen, da dergleichen auch wirklich entstanden sind, z. B. daß jemand „uno judicio liber altero servus judicatus est", L. 30 D. de lib. caus. 40, 12, u. „Circa inofficiosi querelam *evenire plerumque assolet*, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur," L. 24 D. de inoff. test. (5, 2. Vgl. noch L. 15 §. 2 D. eod. L. 29 pr. f. de exc. rei jud. (44, 2). L. 13 C. de inoff. test. (3, 28). Zimmern in den Röm. rechtl. Unterss. S. 53. — Uebrigens steht mit L. 30 cit., wonach sich die judices vereinigen sollen, nicht im Widerspruche die Verordnung der lex Petronia u. des D. Pius, daß im liberale judicium Stimmengleichheit der Freyheit zu Gute kommen müsse, L. 24 D. de manum. (40, 1), L. 38 de re jud. (42, 1). Denn das sezt Eine und dieselbe zwischen denselben Parteyen verhandelte Frage, nicht wie dort verschiedene Prozesse voraus, vgl. *Bach* opuscc. p. 284—290.

9) Plin. epp. VI, 33.

10) Qu. I. O. XII, 5 „— quatuor judicia ut moris est, cogerentur." — „Laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini." Vgl. Plin. l. c.

11) Plin. epp. I, 18. IV, 24.

12) Nämlich als Ueberschrift der L. 7, 28, 31 D. de inoff.

ralia judicia, oder die duae hastae ſind zwey Abtheilungen, um die bey der Einen beurtheilten causae liberales vor der anderen zum zweytenmale discutiren zu können [13]). Eine hasta, als Symbol des römiſchen Eigenthums, war wie bey den Auctionen ſo auch bey der Verhandlung der Centumvirn aufgeſtellt [14]), und daher auch der Name hastae judicium für centumvirale judicium [15]).

§. 16.

Geſchäftsgang und Untergang.

Der Ort der gerichtlichen Verſammlung war das Forum [1]) und unter den Kaiſern namentlich eine Baſilica [2]). Eines präſidirenden Prätors gedenkt wenigſtens der jüngere Plinius [3]), der ſo oft bey den Centumvirn vor verſammelter Volksmenge plaidirt hat [4]). Für den Geſchäftsgang im Ein-

---

test. S. Bd. 1, §. 100[a], Not. 53. *Ge. H. Ayrer* de judicio Romanor. septemvirali, Gott. 1757, hinter Sicc. ed. Zepern. p. 184 sqq. Die gewöhnliche Meinung derer, welche die Lesart billigen, iſt, es ſey für gewiſſe Fälle ein Ausſchuß von 7 Mitgliedern gebildet worden, und das ſey auch eben die Zahl, auf welche Veſpaſian nach Suet. Vesp. 10 die Cvirn reducirt habe.

13) Quinct. I. O. XI, 1 nr. 78: „— et assertione secunda (vgl. §. 66) et partibus Centumviralium, quae in duas hastas divisae sunt" (welche Stelle bey Aur. Victor ars rhet. ed. Mai, VI, 8 nur abgeſchrieben iſt). Qu. V, 2.

14) Gaj. IV, 16 f. Die alte Anſicht, die hasta ſey überhaupt ein Zeichen der Jurisdiction geweſen, iſt grundlos, ſ. *Haubold* orat. de hastae in jure Rom. usu symbolico (1821), in opuscc. acad. ed. Wenck, p. 695 sqq.

15) Vgl. überh. noch Suet. Oct. 36. Mart. VII, ep. 63 v. 7. Statius Silv. lib. IV, ecl. 4, v. 43. L. 2 §. 29 D. de or. jur. Val. Max. VII, 8 §. 1 u. 4. Lucan. ad Pison. V. 41. — *Siccama* II, 3. — Hollweg in Ztſchr. Bd. 5, S. 375 fg.

1) Cic. de or. I, 38. pro Caec. 18.

2) Qu. I. O. XII, 5. Mart. Epigr. VI, ep. 38, v. 5, 6. Plin. epp. V, ult. VI, 33. II, 14.

3) Plin. V, ep. 21: „Praetor qui centumviralibus praesidebat." S. auch §. 36.

zelnen hatten vor August die Exquästoren, seitdem die Decemvirn zu sorgen (cogere)[5], die vielleicht nach den einzelnen Tribunalen vertheilt, die Stimmen sammelten und dergleichen mehr[6]. Das hier auch erwähnte, und aus dem Criminalprozesse so bekannte, subscribere cum adversario[7] ist wohl nichts, als eine Einzeichnung zur Kunde der Centumvirn, mit welchen Gegnern man vor ihnen verhandeln wolle; vielleicht der Act, durch welchen die auf der vorangehenden legis actio (§. 36) beruhende Litiscontestation beendigt, und die Sache nunmehr an die judices gebracht wurde. Hier nun kommen factische Verhandlungen und vorzüglich die Plaidoyrien der Anwälte vor[8], die sich auch gegenseitige Fragen öffentlich vorlegen konnten[9]. Ein Aufschub der einmal eröffneten Verhandlung war unzulässig[10]. Weitere Notizen über den Geschäftsgang sind uns nicht zugekommen. Der magnitudo und auctoritas centumviralis judicii gedenkt noch Justinian[11], woraus aber weder folgt, daß es zu seiner Zeit wirklich existirte[12], noch freylich das Umgekehrte. Bis gegen Diocletians Zeit hin hat dieses Gericht, über welches noch Paulus einen liber

4) S. noch Plin. I, 5, 18. IV, 16. IX, 23 init.

5) S. §. 15 u. über das cogere Val. Max. VIII. 3 nr. 1.

6) *Siccama* I, 11. *Zepern.* ib. not. m), p. 97.

7) Plin. V, 1. Verschiedene Meinungen darüber s. bey *Sicc.* mit *Zepern.* p. 139 sqq. Hefftter Institutt. S. 381 fg.

8) Paul. V, 16 §. 2. Senec. controv. lib. 3 praef. Dial. de orat. c. 6. — Plinius (IX, ep. 23) rühmt sich, wie er oft einen solchen Eindruck hervorgebracht („Frequenter agenti mihi evenit), ut centumviri, cum diu se intra judicum auctoritatem gravitatemque tenuissent, omnes repente quasi victi coactique consurgerent laudarentque."

9) Plin. epp. I, 5. 10) Plin. I, ep. 18 f.

11) L. ult. init. C. de pet. hered. (3, 31).

12) So Tigerström, weil Justinian in seiner Compilation so oft davon rede, und weil ja doch die öffentlichen Versteigerungen sammt dem Titel de jure ac fide hastae auch zu seiner Zeit vorgekommen.

Digitized by Google

singularis geschrieben, gewiß bestanden, aber mit Constantins Reformen, insbesondere mit dem größern Einflusse der Präfecten und ihres Auditoriums, muß es dennoch untergegangen seyn, da weder von den Centumvirn noch von den Decemvirn in der Zeit der christlichen Kaiser die Rede ist [13]).

§. 17.

Die Recuperatoren *).

Welche besondere Gattung von Richtern die Recuperatoren waren, darauf muß schon die unterscheidende Benennung führen. Judices hießen von Alters her die Richter unter den cives, deren judiciis noch spät die recuperatoria entgegenstanden, s. §. 34. Seitdem aber zwischen römischen Cives und Peregrinen Verkehr war, ohne Gemeinsamkeit des Rechts, da bedurfte es eigener Behörden zur Schlichtung ihrer Streitigkeiten, und als solche werden die Recuperatoren, andere aber nicht genannt. Es pflegten nämlich die Römer in ihren Bündnissen mit fremden Nationen auch darüber ausdrücklich zu contrahiren, daß ein Gericht niedergesezt werde, welches die Beschwerden der Privaten aus beyden Nationen schlichte [1]), und diese Richter hießen recipe-

13) Freylich spricht Hieronym. lib. 2, ep. ad Domn. von „hereditariae vel centumvirales causae," was aber auch aus der Gewohnheit, Erbschaftssachen centumvirales zu nennen, erklärlich ist.

*) *Zepernik* ad Sicc. I, 10 not. c), p. 87 sq. — *C. G. L. Heimbach* ad Aelii Galli de verb. signif. frta. Lips. 1823, p. 63 sqq. — *Tigerström* p. 183—191. — Vor Allen *Ed. Huschke* ad Cic. pro Tullio Exc. II, in Analecta p. 208—253. — Hugo Rg. 10te A. S. 625 fgg.

1) Z. B. im foedus Latinum v. J. 261, nach Dion. VI, 95, „ut privatarum rerum judicationes intra decimum diem fierent," und zwar jedesmal bey dem Volke, innerhalb dessen Grenzen das Geschäft geschlossen worden; so daß wohl aus dieser Nation auch die Richter genommen und nach ihrem Recht erkannt worden. S. *Huschke* p. 211—215.

Digitized by Google

ratores [2]), die also, wie das Wort andeutet und die Sache fordert, nicht als römische Richter zu verfahren, sondern nur ohne Weiteres für Ersaz und Entschädigung und Erfüllung übernommener Verbindlichkeit Sorge zu tragen haben [3]). Als Norm mochte die von den Magistraten ertheilte Instruction dienen, welche bald den Peregrinen nach römischem Rechte, bald den Römer nach dem fremden Rechte zu beurtheilen den Auftrag gaben [4]). Wohl erst nach diesem Vorbilde mag es auch unter den cives selbst zu einem ähnlichen Verfahren gekommen seyn, so daß auch hier Recuperatoren, dort ein judex bestellt worden [5]). Wann jenes, wann dieses? davon unten §. 37. Durch die recuperatoria judicia wurde die Sache schneller beendigt [6]), was wiederum

---

2) Fest. v. Reciperatio. 3) Huschke p. 215.

4) Vgl. unt. Note 14) u. Arg. Cic. Verr. II, 13. *Huschke* p. 217 sq. Ein Beyspiel eines judicii recuperatorii, als spanische Gesandte sich in causa repetundarum beschwerten, welche damals noch als Civilprozeß behandelt wurde, s. bey Liv. XLIII. 2.

5) Vgl. §. 34. — Schrader in Heid. Jahrb. v. 1823, S. 959. *Hefftor* ad Gaj. p. 100 sq. — Die Ableitung aus dem Verhältnisse zu den Peregrinen hat auch schon Hefftor Instit. S. 52 bemerkt. Die alte Meinung, daß die Recuperatoren in den Provinzen das Amt gehabt hätten, welches die Centumvirn in Rom, beruht auf Verwechslung des aus 20 Recuperatoren (d. h. aber Provinzialrichtern) bestehenden Consiliums manumissionis causa und seiner Function bey Manumissionen, mit der davon verschiedenen Beurtheilung der causae liberales. Dagegen s. schon Hugo Rg. S 626. Uebrigens hält Tigerström die Recuperatoren für Leute von keiner sonderlichen Rechtskenntniß, die dann als Richter bestellt worden, wenn die Sache einfach war, aber zur Ausführung Gewalt nothwendig werden konnte.

6) Cic. pro Tullio c. 10 ed. H. ... „et reciperatores dare, ut quam primum res judicaretur," auch ibid. c. 41. Val. Prob. not. (ed. Goth. p. 1477): „Q. E. R. E. u. s. w. d. h. quanti ea res erit, tantae pecuniae judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam." Cic. Divin. c. 17 „.... judicium dat statim .... judicant recuperatores ...". Gaj. IV, 185 „.... recuperatoribus suppositis, ut qui non ste-

auf die gedachte Entstehung dieser judicia selbst hinweis't, da es nämlich billig seyn konnte [7]), sobald als möglich den Streit der oft von weit her kommenden Peregrinen zu beendigen, so daß z. B. das foedus Latinum dafür eine zehntägige Zeit vorgeschrieben hatte (Not. 1). Diese Eile war aber möglich, wenn ohne Rücksicht auf eine es sey gesezlich vorgeschriebene Frist, oder auf die durch den Geschäftsgang begründete Reihenfolge die Recuperatoren ernannt wurden, also extra ordinem i. d. S. [8]); nämlich sogleich und nicht aus der Liste der selecti [9]), welche mit vielen Judicationen beschäftigt freylich die eine oder andere zu verschieben genöthigt seyn mochten. In die Richterdecurien Roms wurden Peregrinen gewiß nicht eingeschrieben, aber Recuperatoren konnten sie werden. Darum hießen i. d. S. nur die in Decurien vertheilten Richter judices, und die sämmtlichen Provinzialrichter recuperatores [10]), weshalb die aus den beyden ersten ordines entnommenen Mitglieder des Consiliums manumissionis causa, die 5 Senatoren und 5 equites, judices genannt wurden [11]), obschon sie in dieser Eigenschaft keinen Rechtsstreit zu schlichten hatten, wogegen in den Provinzen die 20 cives als Mitglieder des Consiliums recuperatores hießen oder peregrini recuperatores [12]) in dem Sinn, in welchem auch der Ausdruck peregrinus praetor vorgekommen.

---

terit *protinus* a recuperatoribus ... condemnetur." — Haubold in Ztschr. f. g. Rw. Bd. 3, S. 383. Hugo Rg. S. 626. *Hefftor* ad Gaj. p. 102. *Huschke* p. 221 sqq.

7) Senec. ep. 106: „Dubitavi, utrum differrem te, an donec suus isti rei veniret locus, jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius visum est, tam longe venientem non detinere." Vgl. §. 128. *Huschke* p. 237.

8) Senec. l. c. *Huschke* p. 238 sq.

9) Plin. epp. III, 20 „Nam ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus." Liv. XXVI, 48.

10) Apulej. de mundo sub fin. S. *Huschke* p. 241—243.

11) S. §. 9, Not. 9). 12) So Theoph. I, 6 §. 4.

Vielleicht ist ferner[13]) hier zunächst dem judex eine bestimmte Zeit zur Urtheilsfällung (imperio magistratus) vorgeschrieben worden[14]), obwohl die judicia schon als imperio continentia nicht länger als das imperium des bestellenden Magistrats dauern konnten, s. §. 34 u. §. 128. Auch sind wohl nur die Recuperatoren in der Zahl der zuzulassenden Zeugen beschränkt worden[15]). Soweit aber das Imperium des Magistrats reicht, war auch ihr officium dem eines jeden andern judex gleich[16]). Daß Recuperatoren immer nur in der Mehrzahl bestellt wurden, ist gewiß[17]), und erklärt sich wiederum aus ihrer ursprünglichen Bestimmung, zwischen cives u. Peregrinen zu erkennen, wo die Unparteylichkeit[18]) einen beyderseitigen Vorschlag fordert, und etwa der Magistrat den dritten Richter hinzugab[19]). Diejenigen aber[20]), über welche

13) *Huschke* p. 243 sq.

14) L. 2 §. 2, L. 32 D. de jud. (5, 1).

15) Wie in der Stelle bey Val. Prob. (Not. 6), so heißt es auch in l. Mamilia c. 5 ... „testibus publice duntaxat X denuntiandi potestatem facito."

16) Es wurde hier z. B. so ausführlich plaidirt, wie vor dem judex; die Recuperatoren konnten causam ampliari anordnen, Cic. pro Tullio c. 1, pro Caec. c. 4. Liv. XLIII, 2. Arg. Cic. pro Flacco c. 20: „recuperatores — rem minime dubiam *prima actione* judicaverunt."

17) Dafür die Bestellungsformel: „recuperatores sunto," s. §. 8, der Gegensaz mit dem unus judex: Gaj. IV, 104. 105, 109, ferner findet sich recuperatores im Plural u. judex im Singular neben einander bey Cic. Verr. III, 58 f. Gaj. IV, 141. Fragm. leg. Thoriae, Sect. 1 v. 34., Sect. 2 v. 22. Die Anrede Cicero's an die Richter in der Rede pro Caec. u. pro Tullio ist immer: „recuperatores!", pro Caec. c. 1, 2, 4, 9, 11, 12, 15, 25, 27, 29—32, 35. pro Tull. 1, 5, 12. Die richtige Erklärung des bey Cic. pro Caec. c. 3 u. 21, in Verr. III, 11, 29, 49, 60. Lactant. Inst. III, 20. l. Thor. S. 2 v. 26. vorkommenden Ausdrucks recuperator, nämlich Einer aus den Mehreren, hat schon *Herald* obss. ad jus Att. et Rom. V. c. 14 nr. 15. S. *Huschke* p. 248—250.

18) S. auch Stahl über das ältere Röm. Klagrecht, S. 23.

19) So wenigstens bey dem Streit um die corona muralis

die Parteyen selbst übereingekommen sind, wurden als Recuperatoren wie jeder andere judex addicirt [21]). Eine zweyfache Art der Bestellung ist wenigstens in Sicilien vorgekommen, durch rejicere und sumere. Jenes bestand in der beyden Parteyen gestatteten Recusation der vom Magistrate in die Listen gebrachten Personen, dieses aber darin, daß immer Eine Partey den einen Richter wählen, also doch gewiß der Magistrat den dritten selbst hinzuthun konnte [22]). Wenn in Rom etwa dieses von Alters her übliche sumere recuperatores das Gewöhnliche seyn mochte, so kam doch auch ein Verwerfen der durch das Loos gezogenen Richter vor [23]). Der Entscheidung der Recuperatoren ist dieselbe Wirksamkeit, wie jeder anderen, zu Theil geworden [24]), und gewiß erst mit den ordinariis judiciis selbst ist auch diese Art von Richtern untergegangen, deren nachher unter diesem Namen gar nicht mehr gedacht wird, die aber in Justinians Compilation hin und wieder unter dem allgemeinen Namen judices mit begriffen sind.

§. 18.

Der pedaneus judex.

Wir haben nun sowohl die Magistraturen als die ver-

bey Liv. XXVI, 48. Drey war wohl die gewöhnliche Zahl, Cic. Verr. III, 12 u. 60. Fünf wurden bestellt in dem Falle bey Liv. XLIII. 2.

20) *Huschke* p. 244 sqq.

21) Vgl. Fragm. leg. Thor. ll. cc. mit §. 10.

22) Cic. Verr. II, 13, III, 10, 11, 13, 59, 60. Daß Verres nur ex cohorte sua wählen ließ, macht ihm Cicero zum Vorwurf. Tigerström wird aber dadurch zu der Meinung verleitet, das sey grade etwas Eigenthümliches, die Recuperatoren aus den Gefährten des Prätors zu bestellen.

23) Plin. Paneg. c. 36; denn daß hier Recuperatoren gemeint sind, ergibt sich durch Vergleichung mit Suet. Nero c. 17.

24) Cic. pro Flacco c. 20, in Caecil. c. 17 u. fragmta leg. judiciar. bey *Marini* T. II. p. 569 u. bey Dirksen Beyträge z. Kunde des R. R. S. 218, v. 7—9. *Huschke* p. 251 sq.

schiedenen Arten von judices bis zu der Zeit verfolgt, wo mit der neuen Organisation, welche Constantin dem römischen Reiche gegeben, auch die Gerichtsverfassung eine vollkommene Umwandlung erfahren hat. Ehe wir zu dieser übergehen, oder vielmehr gerade an diesem Orte, muß noch einer gewissermaßen zwischen der alten und neuen Zeit, und zwischen Magistraten und judices in der Mitte stehenden Behörde gedacht werden, — der pedanei judices [1]). Zwar nach einer früherhin durchaus allgemeinen und noch jezt herrschenden Meinung ist dieses entweder die characteristische Bezeichnung gerade der privati judices gewesen, oder sind doch mitunter auch diese pedanei genannt worden, obwohl es freylich nach dem gänzlichen Untergange des ordo judiciorum, also wie es keine Privatrichter mehr gab, die Benennung für gewisse angestellte Personen geworden sey [2]). Ueber den Grund der Benennung sind die Meinungen freylich verschieden [3]). Sie kömmt indessen vor

1) Tit. C. de pedaneis judicibus (3, 3).

2) Schon *Raevard.* Conject. III, 10 suchte gegen jene erste u. herrschende Ansicht auszuführen, daß auch gewisse minores magistratus namentlich municipales schon in den Digesten pedanei judices genannt worden seyen, aber immerhin sey es auch der Name für die Privatrichter gewesen. Ihm sind *Hop* p. 554 u. Viele gefolgt. Dagegen nimmt Goldschmidt über Litiscont. u. Einreden, Frankf. 1812, S. 21 noch gradezu eine Aenderung in Bestimmung u. Function der pedanei judices an, welche vorher die Privatrichter gewesen. Auch Hugo Rg. S. 302 fg. widerspricht nicht ganz, er tadelt nur in Not. 1), „daß die Neueren den gegebenen judex immer mit dem pedaneus judex für einerley nehmen." — Tigerström (p. 172 sqq.) behauptet diese Synonymität noch fürs neuste Recht.

3) Einige meinten, weil die Richter stehend judicirten, Andre, wie Råvard und die Meisten, umgekehrt, weil sie auf den Subsellien, also zu des Magistrats Füßen saßen (s. §. 13), wieder Andere, weil sie de plano judicirten, vgl darüb. *Tigerstr.* p. 174 sqq. Dieser meint, man habe, um sie als humiliores zu bezeichnen, die Benennung von dem niedrigeren Theile des Körpers gewählt.

Ulpian und Paulus in unſern Quellen gar nicht vor. Daß aber auch nur ſeitdem die judices privati als ſolche pedanei genannt worden, muß durchaus geleugnet werden. Denn es iſt von einem postulare beym judex pedaneus [4]) und von einem in jus vocare vor demſelben die Rede [5]), was auf eine dem gewöhnlichen judex a magistratu datus nicht zuſtehende Competenz verweiſ't, ſo wie denn auch die wenigen anderen Stellen, welche vor untergegangenem ordo judiciorum des ped. jud. gedenken, nicht von Privatrichtern verſtanden werden müſſen [6]). Da dieſe nun außerdem judices ſchlechtweg heißen, die pedanei judices aber auch zu Ulpians Zeit ſchon eine gewiſſe magiſtratiſche Competenz hatten, was für die ſpätere Zeit ohnehin bekannt iſt (§. 23), ſo iſt es ganz räthſelhaft [7]), daß man auch die judices als ſolche pedanei genannt haben ſollte [8]). Zunächſt ſcheinen die jud. ped. Curialen, nämlich eine beſondere Art von Municipalbeamten geweſen zu ſeyn [9]), durch eine

---

4) L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1).

5) L. 3 §. 1 ne quis eum qui in jus vocab. (2, 7).

6) Paul. V, 28 od. L. 38 §. 10 D. de poen. (48, 19). L. 4 D. de tutorib. et cur. (26, 5). L. 11 C. ad leg. Corn. (9, 22).

7) Blos Ascon. in Verr. I, 9, wo aber das Wort „pedaneum" gewiß ein unechter Zuſaz iſt, ſo wie L. 2 C. ht. und die Rubrik ſelbſt vgl. mit L. 1 C. eod. machen Schwierigkeit, und ſind es offenbar allein, welche die Entſtehung der herrſchenden Meinung verurſacht haben. Allein ſ. unt. Not. 11). Ob endlich der Ausdruck χαμαιδικαστὴς bey Theoph. IV, 15 pr., wie gewöhnlich mit ped. judex überſezt werden dürfe, iſt noch die Frage.

8) Merkwürdig iſt hier noch eine Stelle bey Aur. Victor c. 24, ed. Mai p. 112 f. „*si apud pedaneum judicem sit privata cognitio*, ad sermocinationis vicem deprimendam actionem etiam non admonitus intelliges. Sicut enim in sublimibus quaestionibus dejecta et jacens pronuntiatio deformis est, ita *in parvis* elata etc. deridicula." Alſo wird hier der pedaneus von einem gewöhnlichen judex unterſchieden, bey dieſem kommen erhabene Reden vor, dort handelt es ſich blos um eine Cognition und zwar über parvae quaestiones, wo pathetiſche Rede lächerlich wäre.

auf Gegenstände von minderer Wichtigkeit beschränkte Competenz und geringeren Rang von den wirklichen Magistraten verschieden [10]), und darum nicht Magistratus, sondern, zumal da sie gewiß selbst judiciren mußten, d. h. nicht das jus judicum dandorum hatten, schlechtweg judices genannt, die aber freylich auch kein Tribunal hatten, und daher durch den Zusaz pedanei von den wirklichen judices unterschieden worden sind. Aus der Mitte solcher judices, wie früherhin aus den Decurien, pflegten späterhin die Provinzialvorsteher die privati judices zu ernennen [11]), bis Diocletian diese judicum datio selbst als Regel aufgehoben hat [12]), und die am allerwenigsten für Bagatellsachen wieder hergestellt werden konnte [13]). Vielmehr hat nachher Julian den Provinzialvorstehern geradezu die Befug-

9) Vgl. Paul. V. 28 mit der Interpr. L. 4 vgl. mit L. 3 D. de tut. et cur. (26, 5). — S. auch L. 3 C. Th. de repar. app. (11, 31).

10) Daß der in Julians L. 5 C. ht. beyläufig ausgesprochene Begriff von pedanei judices, nämlich „hoc est, qui negotia humiliora disceptant," nicht erst jezt entstanden ist, ist kaum zu bezweifeln. Und was sonst als die Unbedeutenheit dieser Behörde als solcher könnte der Grund seyn? daß Ulpian in L. 3 §. 1 D. ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat (2, 7) sagt: si quis ad pedaneum judicem vocatum quem eximat, poena ejus Edicti cessabit.

11) So erklärt sich vielleicht theils die L. 2 C. ht. („quam hactenus e difficillimis totius Codicis putant omnes," *J. Gothofr.* Cod. Th. ed. Ritter, Vol. I, p. 46ª fin.), wenn nicht auch diese schon von delegirten Richtern zu verstehn ist, vgl. Interpr. ad Paul. l. c., theils daß unter der Rubrik de ped. jud. auch von der alten judicum datio die Rede ist.

12) L. 2 C. cit.

13) So nämlich wird meistens Julians in Not. 10) erwähnte Constitution (die sich auch in mehreren Handschriften des Theod. Coder findet, in Gothofreds Ausg. ed. Ritter, Vol. I, p. 46 und bey *Wenck* p. 80 sq.) verstanden, vgl. *J. Gothofred* ibid. *Malblanc* consp. rei jud. §. 29. II. 2 u. A., Savigny Gesch. Bd. 1. S. 78. Allein dageg. s. die Schriftsteller der folg. Note.

niß eingeräumt, zum Voraus ped. jud. zu ernennen, an welche sich in minder wichtigen Angelegenheiten die Parteyen unmittelbar zu wenden hatten [14]).

Zweyte Abtheilung.

Blick auf die Gerichtsverfassung unter den christlichen Kaisern.

---

§. 19.

Einleitung.

Unter Constantin erhielt das römische Reich eine neue Organisation. Italien war schon seit Hadrian in gewisser Beziehung unter Statthalter gestellt worden, s. §. 4. Durch die geographische Theilung des Reichs unter Diocletian büßte es vollends seine bevorzugte Stellung ein, die es gegen die übrigen Theile des Reichs, als gegen bloße Provinzen, behauptet hatte. Vier Hoflager unter Diocletian und seinen Mitkaisern waren schon die Vorbereitung für die von Constantin veranstaltete Theilung des gesammten Reichs in vier Präfecturen des Orients, Illyricums, Galliens und Italiens [1]), deren jeder ein praefectus praetorio vorstand, und welchen Justinian noch einen praefectus praetorio Africae hinzugefügt hat [2]). Die große Macht solcher Präfecten wußte schon Constantin durch Trennung der militärischen Gewalt zu beschränken, die er magistris militum übergab. So ist eine bey ihrer Entstehung rein militärische Behörde nun die höchste blos bürgerliche geworden. Unter den Präfecten standen die einzelnen Vorsteher der Provinzen, s. §. 20. Die obere Verwaltung war nun für Italien dieselbe, wie für die übrigen Theile des

---

14) L 5 C. cit. Goldschmidt über Litiscont. S. 22. Mühlenbruch Prozeß S. 41.

1) Zosim. II, 33

2) Tit. C. de off. praef. praet. Africae (1, 27).

Digitized by Google

Reichs. Es hatte ebenfalls seine Provinzialvorsteher, die dem praef. praet. Italiae untergeben waren. Nur die Stadt Rom behielt freylich immer noch eine besondere Verfassung, deren Einrichtungen aber Constantin auch auf Byzanz zu übertragen suchte [3]). War das Reich unter zwey Kaisern getheilt, so blieb auch Rom die Residenz des abendländischen Herrschers. — Nach diesen allgemeinen Voraussezzungen können wir nun zu den Behörden übergehen, welchen unter den christlichen Kaisern die Civilgerichtsbarkeit zustand, und welche jezt von den judices nicht mehr verschieden waren; privati judices sind nun nicht weiter ernannt worden, s. §. 89, so wie auch das Centumviralgericht gewiß nicht mehr bestand, s. §. 16. a. E.

§. 20.

Die Provinzial- und höheren Behörden.

Die regelmäßige Behörde in Civilsachen, judex, jud. ordinarius, ist nunmehr der rector provinciae [1]), in den Provinzen mittlerer Größe auch theils consularis theils corrector [2]), in den kleineren praeses und in den größeren proconsul [3]) genannt [4]). Nur geringere Civilsachen kamen vor

---

3) Sozomen. hist. eccl II, 3. VII, 9.

1) L. 1, 2, 3, 4, 6 C. Th. de off. rect. prov. (1, 7). — C. eod. (1, 40). L. 1, 2 C. Th. de off. comit. rei priv. ed. Wenck p. 56. L. 3 C. Th. de rep. app. 11, 31.

2) Eine in Italien entstandene Bezeichnung, Vopisc. Aurel. c. 39, L. 3 C. quib. non obj. l. t. pr. (7, 35), die auch schon in L. 20 D. de off. praesid. (1, 18) von Papinian, bey Diocletian L. 4 C. de j. et f. ign. (1, 18) vorkömmt, so wie in L. 10 D. eod. v. Hermogen. S. ferner L. 4 C. Th. de jurisd. (2, 1). L. 61, 65 C. Th. de decur. (12, 1). Amm. Marc. XXVII. 3.

3) Praeses wird in L. 1 C. Th. de off. rect. prov. (1, 7) der rector provinciae genannt, wie er auch provinciae praesidens L. 4, 5, moderator prov. L. 7 eod. heißt. Der Tit. C. Th. de consularibus et praesidibus (6, 19) enthält nur eine L. un., die von den praesides nichts sagt, welcher früherhin allgemeine Name jezt der seltenere ist. Ueber proconsules s. die Ueberschriften des

Digitized by Google

Localbeamte, von welchen die Appellation an den jud. ordin. geht [5], so wie von diesem an die verschiedenen Präfecten (§. 172). Für fiscalische Sachen war fortwährend ein rationalis oder magister rei privatae die competente Behörde [6], und für die Angehörigen des kaiserlichen Hauses ist es der comes domorum geworden [7]. Die Präfecten erkannten in höherer Instanz oder als Stellvertreter des Kaisers (vice sacra), sowohl der praefectus urbi [8], welcher fortwährend der höchste Magistrat in der Stadt Rom blieb [9], und welchen Constantius auch für Byzanz ernannte [10], als der praef. praetorio, so wie ausnahmsweise auch der Proconsul von Asien und Achaia, der comes orientis und die vicarii des praef. praetorio [11]. Diese Stellvertreter des Präfecten [12] vertraten ihn nämlich auch als judex, und auch die andern Magistrate konnten Stellvertreter (vicem agentes) haben [13].

---

neuen Titels de off. proconsulis et legat. bey Wenck C. Th. I, 12. L. un. C. de off. proc. et leg. (1, 35), de app. proc. et leg. (12, 56). Daß der Proconsul u. dessen Legat (dieser wohl in Auftrag) auch civiles causas audiunt L. 1, 3 C. Th. ht. L. un. C. cit.

4) L. 1 C. ut omnes judices (1, 49). L. 1 §. 3, 4 C. de off. pr. praet. Afr. (1, 27). S. überh. *Pancirol* ad notitiam utriusq. Imper. Or. c. 99, in Graev. thes. T. VII. p. 1593 sqq. c. 101 p. 1604 sqq.

5) L. 1, 3 C. Th. de rep. app. (11, 31). — L. 1 f. C. de defens. civit. (1, 55). Vgl. §. 21 u. §. 172.

6) L. 5 C. ubi causa status (3, 22). Tit. C. ubi causae fiscales l. divinae domus hominumq. ejus agantur (3, 26).

7) S. L. ult. C. Tit. cit. Nov. 20 u. 30.

8) L. 2, 3 C. Th. de off. pr. urb. bey Wenck p. 34. L. 11, 13 f., 18 f, 44 f., 49 f., 61 f. C. Th. de app. (11, 30). *J. Goth.* l. c. T. IV. p. 244.

9) L. 3 C. de off. praef. urb. (1, 28).

10) Vgl. *J. Gothofr.* l. c. T. II. p. 51 b.

11) L. 30 C. Th. de app. (11, 30).

12) Tit. C. Th. de off. Vicarii (1, 6), aber vorzügl. jezt bey Wenck p. 64 sqq.

Den Kaiser soll man aber nach einer Marcianischen Verordnung nicht mehr in erster Instanz angehen dürfen [14]). Rang und Einfluß des praefectus Augustalis, des Vorstehers von Aegypten [15]), welcher nun auch Augustalis schlechtweg heißt [16]), aber freylich kein praefectus praetorio war [17]), ist nunmehr viel bedeutender als vorher. Unter ihm stehen ordinarii judices [18]), und insbesondere noch fortwährend der juridicus Alexandriae, von welchem wenigstens Acte der freywilligen Jurisdiction erwähnt werden [19]).

§. 21.
Assessoren, Secretaria, Auditoria.

Die judices überhaupt bedurften jezt wie früher, ja umsomehr, da sie nun Magistrate und Richter zugleich seyn mußten, die Unterstützung der Assessoren [1]). Ihre Sitzungen hatten die ordinarii judices in Gerichtssälen, secretaria auch

13) Tit. C. de off. ejus qui vicem alicujus judicis l. praesidis obtinet (1, 50).

14) Nov. Mart. 1. Daraus L. 4 C. de fructib. et lit. exp. (7, 51).

15) Tit. C. Th. (nov.) de off. praef. Augustalis b. Wenck p. 62 sq. Tit. C. eod. (1, 37).

16) L. 23 C. de app. (7, 62). L. 57, 59 C. de decurion. (10, 31). Nov. 23 c. 3. Nov. 24 c. 4. Justin. Ed. 13.

17) Der schon von *Cujac.* obss. VIII, 21 verworfene Zusaz „praetorio" in L. 2 C. ht., ist aus der Ueberschrift entstanden. S. jezt *Wenck* p. 63. Auch bemerkt Cujac., daß in L. 2 C. de his qui per met. (7, 67) gelesen werden müsse: seu proconsules, seu comites Orientis, seu praefectos Augustales, seu vicarios vel alium judicem etc.

18) L. 2 C. cit. L. 13 C. de adv. div. judicior. (2, 7).

19) L. un. C. de off. jurid. Alex. (1, 57), (er kann Schenkungen zu Protocoll nehmen, so gut wie der moderator provinciae, die Magistrate und defensores plebis). §. 5 I. de Atil. tut. (1, 20).

1) Tit. C. Th. de assessorib. (1, 12). C. de assessorib., domesticis et cancellariis judicum (1, 51). S. ob. §. 7 u. *J. Gothofr.* ad Tit. cit. T. I. p. 72 sqq.

Digitized by Google

secreta [2]), zu welchen Jedermann der Zutritt offen stand, und wo sie auf dem Tribunale, von ihren Officialen umgeben, die Verhandlung leiteten und die Sentenz aussprachen [3]). Aber sie konnten sich, was offenbar wenigstens während der Deliberation geschah [4]), hinter die vela zurückziehen [5]), welchen Ort auch diejenigen, denen nicht als wirklichen Assessoren, sondern nur Ehren halber der Beysitz gestattet war [6]), verlassen mußten, sobald ihre eigene Sache verhan-

---

2) *Brisson.* v. secretarium. *J. Goth.* T. I. p. 44. — Lydus de mag. III, 11, 27 f., 65. „Templum justitiae, quod secretum dicitur."

3) L. 2 (3) C. Th. de off. rect. prov. (1, 7): Judex — non in secessu domus de statu hominum vel patrimoniorum sententiam referat, *sed apertis secretarii foribus, intro vocatis omnibus*, aut pro tribunali locatus et civiles et criminales controversias audiat. L. 3 (4) C. Th. eod.: Libellos judicibus postquam se receperint vetamus offerri, *ne* super alienis causis vel statu *pronuntient, quando ab officii conspectu atque ab oculis publicis recesserint.* — L. 6 C. de sent. et interl. (7, 45): Cum sententiam Praesidis irritam esse dicis, quod non publice sed in secreto loco officio ejus non praesente, sententiam suam dixit etc. — Amm. Marc. XXX, 4 u. dazu *J. Goth.* l. c. p. 45, so wie Amm. Marc. XVIII, 1. Amm. Marc. XXVII, 3 — — „tribunali ascenso." — In L. 6 (7) C. Th. eod. (1, 7): Ne quis domum judicis ordinarii pomeridiano tempore ex occasione secreti (d. h. horis secretis nach der Interpr.) ingredi familiariter affectet rel., stehen eben die secreta domus, Interpr. ad L. 2 C. Th. cit., das sese recipere in secessu domus L. 2, 3 mit der Interpr., wie secretus locus in L. 6 cit. dem secretarium publicum entgegen, *J. Gothofr.* ibid. p. 55[a].

4) So sagt Chrysostom in Matth. cap. 17, hom. 56 (57): „quemadmodum cum publice sententiam Judices prolaturi sunt, velamina statores contrahunt, ut ab omnibus videantur."

5) Ueber diese vela s. *J. Gothofr.* I, p. 44 f. 45.

6) L. un. C. Th. de off. jud. civ. (1, 8). L. ult. C. de off. div. jud. — L. ult. C. Th. de honor. codic. (6, 22). — L. 1 C. Th. de praef. praet. (6, 7). L. un. C. Th. de praep. sacr. cub. (6, 8). L. 5, 7, 16 C. Th. de proxim. (6, 26). L. 6 §. ult. C.

Digitized by Google

delt wurde [7]). Vom secretarium judicum wird des Kaisers Consistorium unterschieden [8]), welches zuerst bey Diocletian [9]), und dann noch oft genannte Collegium für administrative Gegenstände zugezogen wurde [10]), und daher jezt wohl von dem in dieser Zeit immer als Appellationsinstanz erwählten sacrum auditorium [11]) verschieden war, obwohl vielleicht die Mitglieder des Auditoriums auch zum Consistorium gezogen wurden [12]). Den Präfecten, namentlich auch dem praefectus urbi [13]), wird nur ein Auditorium zugeschrieben.

§. 22.

Die Localbehörden.

(In Rom und die Magistrate der Municipien.)

Nächst den bisher genannten judices für größere Districte, für ganze Präfecturen und (der Kaiser) für das gesammte Reich, gab es aber auch jezt wie früherhin städtische Behörden, so wie in dieser Periode auch eine militärische und geistliche Gerichtsbarkeit aufgekommen (§. 24 und 25). Besonders in Rom gab es auch für Privatstreitigkeiten besondere judices [1]). Die Senatoren konnten in Rom und in

---

de postul. (2, 6). — Salvian. de gubern. Dei lib. 3 nr. 82. — *J. Goth.* T. I. p. 59.

7) L. un. C. Th. cit. (1, 8). Vgl. jedoch L. ult. C. ubi senatores (3, 24).

8) L. 5 C. Th. de proxim. (6, 26).

9) L. 12 C. de poen. (9, 47).

10) Z. B. Amm. Marc. XIV, 7. XV, 5. XXVIII, 1.

11) L. 40, 44, 48, 67 C. Th. de app. (11, 30). L. 3, 4, 5, 9 C. Th. de rep. app. (11, 31).

12) S. *Haubold* §. 7 cit. u. daſ. Not. 20).

13) S. g. L. 2 C. Th. de pact. (Consult. c. 9). L. 11, 13, 18, 67 C. Th. de app. (11, 30). L. 17, 23 C. eod. (7, 62).

1) L. un. §. 2 C. Th. de his qui veniam (2, 17). — Darauf bezieht ſich die aus Rom an den vicarius Romae gerichtete L. 2 C. Th. de re jud. (4, 16): In privatorum causis hujusmodi for-

Digitized by Google

der benachbarten Gegend (z. B. Tuscia) nur vor dem praef. urbi belangt werden, außerdem allerdings vor dem provinciae judex [2]); die perfectissimi vor dem vicarius urbi, der in Rom den praef. praet. vertrat [3]), die equites vor dem praef. vigilum [4]). Die Streitigkeiten über Getreide- und Marktverkäufe schlichtete, und zwar auch schon in früherer Zeit, der praef. annonae [5]), welcher also insofern die Jurisdiction der vorigen Aedilen hatte. Es bestand ferner in Rom der praetor tutelaris fort [6]), und für die regelmäßige, wenn schon jezt beschränktere Jurisdiction der praetor urbanus [7]). Ferner hat Constantius zugleich mit Ernennung des praef. urbi auch einem Prätor in Constantinopel Jurisdiction übertragen, und zwar in Bezug auf causae liberales, restitutiones in integrum, Vormundschaftsbestellung, Decrete über Veräußerung der Pupillengüter, Manumissionen und Emancipationen [8]). — Als Localbehörden,

---

ma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat. Vgl. *J. Goth.* ibid.

2) L. 4 C. Th. de jurisd. (2, 1). L. 2 C. ubi Senatores (3, 24) vgl. mit Symmach. X. ep. 62. *J. Goth.* ad L. 4 cit. I, p. 92 sq.

3) L. un. §. 2 cit. vgl. mit Inscr. l. un. C. Th. de perfectissim. dignit. (6, 37).

4) L. un. §. 2 cit.

5) L. ult. D. quod cum eo (14, 5). L. un. C. Th. de contr. emt. (3, 1).

6) S. Bd. 1, S. 885 fg.

7) Lydus II. 30. — „Si *apud utrumque Praetorem* — — auxilium provocationis fuerit objectum," so geht sie an den praef. urbis, sagt Constantin in L. 17 C. de app. (7, 62), Heracleae, 326.

8) L. 16 C. Th. de praet. (6, 4) (.. Praetori defertur haec jurisdictio, sancientibus nobis), mit welcher zu verbinden L. 23 C. de app. L. ult. C. de praed. minor. (5, 71). Die L. 16 ist interpolirt als L. un. C. de off. praet. u. L. ult. C. de vind. libert. Vgl. *J. Gothofr.* ad L. 16 cit. Daher „utrum ingenuus an libertinus sit aliquis?" — „in provinciis apud earum modera-

Digitized by Google

welchen außerhalb Roms richterliche Function zustand, und die auf jeden Fall zu den jezt von den majores unterschiedenen minores judices gehören [9]), werden genannt 1. die magistratus, wie die Obrigkeiten der Municipien jezt (im Gegensatze der judices) ausschließlich heißen, und deren contentiosa jurisdictio nun vollends (s. §. 5) unbedeutend gewesen seyn muß [10]), so daß sich auch nicht annehmen läßt, daß ihnen noch die Decurionen als Gehülfen zur Seite gestanden [11]), obgleich das jus conficiendorum actorum oder wie es späterhin genannt wurde, gestorum, d. h. die Aufnahme gerichtlicher Protocolle [12]), welche jezt über viele Geschäfte erforderlich wurde, theils den Magistraten [13]), theils überhaupt der Curie eingeräumt wurde [14]). Bis zu Justinians Zeit müssen die Decurionen auch jene beschränkte Gerichtsbarkeit verloren haben [15]), theils weil ihrer seine Compilation nicht gedenkt, theils aber, weil sie doch noch sogar zu Ulpians Zeit nur bis auf eine gewisse Summe Recht sprechen konnten, welche Competenz aber nunmehr den in dem folgenden §. zu nennenden Behörden zu Theil geworden.

---

tores," aber „in hac alma urbe apud competentes maximos judices," Justinian in L. ult. C. ubi causa status (3, 22).

9) L. 14 C. de jud. (3, 1). L. 34 init. C. de app. (7, 62). L. 5 C. de off. rect. prov. (1, 40). Nov. 34, c. 9. *Tigerstr.* p. 178 sq.

10) Es wird ihrer blos in L. 1, 3 C. Th. de rep. app. (11, 31) gedacht. Savigny Gesch. Bd. 1, S. 39. Nach L. 9 C. qui admitti (6, 9) soll die, jezt ganz unfeyerliche, Anmeldung der bonorum possessio „apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros" geschehen können.

11) So Savigny S. 80.

12) S. darüber *F. C. Conradi* Parerga, p. 439—487.

13) L. 1 f. C. de jurid. Alexandr. (1, 57). L. ult. C. de mag. munic. (1, 56).

14) Sav. S. 81 fgg.

15) Vielleicht ist eine Nachricht bey Lydus de mag. III, 46 u. 49 hieher zu beziehen, daß nämlich unter Anastas die *βουλευτικὰ συστήματα* der Städte aufgehoben worden seyen, Hefftter Institt. S. 35.

Digitized by Google

§. 23.

Fortsetzung. (Pedanei judices. Defensores.)

2. Die pedanei judices, von welchen wie von den Magistraten, da beyde nur in erster Instanz Recht sprechen konnten, die Appellation an den rector provinciae ging [1]), scheinen zu Diocletians Zeit noch keine stehende Behörde, sondern nur etwa aus der Curie Delegirte gewesen zu seyn [2]), bis es durch Julians am Ende des §. 18. erwähnte Verordnung wenigstens in Einer Beziehung geändert worden. Die von den Rectoren der Provinz, selbst von dem praef. praetorio, delegirten arbitri waren synonym mit judices pedanei [3]). In judicio vel apud pedaneos judices unterscheidet Constantin wie nachher Justinian [4]). Zwar haben sie durch Zeno eine neue Organisation erhalten [5]), mit welcher vielleicht der völlige Untergang der den magistratus zugestandenen streitigen Gerichtsbarkeit zusammenhängt. Aber auch Justinian gedenkt der pedanei im Gegensatze des judex, „cui aliqua jurisdictio est" [6]). Späterhin hat er noch ihr Verhältniß durch eine ausführliche Verordnung geregelt [7]), und darin namentlich die Summe, bis zu welcher sie competent sind, auf 300 solidi bestimmt [8]).

---

1) L. 3 C. Th. de rep. app. (11, 31).

2) L. 2, 3 C. de ped. jud. (3, 3), vgl. ob. §. 18.

3) L. 63, 67 C. Th. de app. (11, 30). L. 31 C. eod. (7, 62). L. ult. C. Th. de rep. app. (11, 31). Justinian in L. 3 C. ubi et ap. quem cognitio (2, 47). L. 16 C. de jud. (3, 1). L. un. C. ne liceat in una (7, 70). Der Ausdruck ped. jud. kömmt im Th. Cod. nur in L. 3 de rep. app. und beyläufig in L. ult. de exc. artific. (13, 4) vor. — S. übrigens *J. Gothofr.* ad L. 3 cit., T. IV, p. 294 f.

4) L. 2 C. de libert. 6, 7 vgl. mit Note 6).

5) Die Constitution ist verloren gegangen, vgl. Nov. 82 c. 1.

6) L. 3 C. ubi et apud quem (2, 47). Vgl. noch Just. in L. 29 C. de pact. (2, 3). L. 15 f. C. de jud. (3, 1). L. 5 §. 1 C. de temp. et rep. app. (7, 63).

7) Nov. 82. 8) Nov. cit. c. 5.

Digitized by Google

Wie die pedanei judices in den Municipien und also zunächst in Italien entstanden sind, so sind dagegen 3. die defensores civitatum [9]) aus den Provinzialstädten hervorgegangen. Aus einem vorübergehenden städtischen Amte [10]) sind sie eine stehende Behörde geworden, und erscheinen zuerst als solche in einer Verordnung von Valentinian und Valens aus dem Jahr 365, worin ihnen das Recht, bis auf die Summe von 50 solidi judicialia acta aufzunehmen und selbst zu erkennen, eingeräumt wird; was bedeutender ist, sollen sie dem ordinarius rector überlassen [11]). Von Magistraten ist dabey nicht die Rede [12]), gewiß weil die Provinzialstädte in der Regel keine Magistrate hatten, so daß man sich also zur Ausfüllung dieser Lücke nach und nach der Defensoren bediente [13]), die freylich auch in Italien vorkamen [14]), aber ohne daß ihnen da ebenfalls gerade Jurisdiction zugeschrieben werden könnte, die hier vielmehr allmählig den pedaneis judicibus zugekommen, s. oben nr. 2. Ueberhaupt ist des Defensors Hauptgeschäft, der auch defensor reipublicae [15]), plebis, loci heißt [16]), gegen Bedrückungen der Statthalter Schutz zu verschaffen [17]). Das Recht der mulcta, wie die eigentlichen judices, haben die Defensoren nicht [18]). Hin-

9) Titt. de defensorib. civitatum, C Th. 1, 11. C. 1, 55. Nov. Major. T. 5. Nov. Just. 15. — *J. Gothofr.* Paratitl. ad C. Th. l. c. *J. Chr. Schmid* de civitatum defensoribus, Lips. 1759. 4. Savigny S. 64 fgg.

10) Paulus L. 16 §. 3, Hermogen. L. 1 §. 2, Arcad. Charis. L. 18 §. 9 D. de munerib. (50, 4).

11) L. 1 C. de defens.

12) So werden auch in L. 22 pr. L. 34 §. 5, 6 C. de ep. aud. (1, 4). Nov. 15 c. 3, 4 nur die Statthalter u. Defensoren berücksichtigt.

13) Sav. S. 66 fg.

14) Cassiod. Var. VII, 11. *Marini* pap. dipl., wo nr. 74 defensor, quinquennalis et magistratus genannt wird, Sav. S. 67.

15) L. 16 §. 3 D. de munerib.

16) L. 1 C. de off. jur. Alex. (1, 57). L. 3 C. ht.

17) L. 4 C. ht. 18) L. 2. C. Th. ht.

Digitized by Google

gegen konnten sie über Geschäfte der freywilligen Gerichtsbarkeit gesta aufnehmen [19], aber eben nur wieder in den Städten, welche keine Magistratus hatten [20], und unter derselben Voraussetzung hat ihnen Justinian bey geringem Vermögen des Pflegbefohlnen auch die tutoris datio eingeräumt [21]. Späterhin hat Justinian die Defensoren zu Magistraten erhoben [22], und ihre Competenz in Civilsachen bis auf 300 sol. erhöht [23], sowie er ihnen auch in geringen Straffällen, wo sie vorher nur die Instruction hatten [24], selbst zu erkennen gestattet [25]. Die Appellation ging (wie freylich vorher auch) an den Statthalter [26].

§. 24.

Geistliche Gerichtsbarkeit*).

Daß die Mitglieder der christlichen Kirche auch ihre bürgerlichen Streitigkeiten von den Vorstehern derselben schlichten zu lassen pflegten, das steht unter den gewöhnlichen Grundsätzen schiedsrichterlicher Erkenntnisse [1]. Aber Constantin verordnet bereits, daß diese mit Umgehung der weltlichen Behörde von den Bischöffen eingeholten Er-

19) L. 9 §. 1 C. ht. L. un. f. C. de off. jur. Alex. — Nov. 15.

20) L. 8 §. 2 C. Th. de donat. (8, 12). L. 30 C. eod. (8, 54). Vgl. auch Theoder. Edict. Art. 52, 53. Sav. S. 86 fg.

21) Bd. 1, §. 235 a. E. (S. 886).

22) Nov. 15 pr. c. 1. 23) Nov. 15. c. 3, 4.

24) L. 1 C. ht. 25) Nov. cit. c. 6. 26) Nov. cit. c. 5.

*) *H. M. Hebenstreit* histor. jurisdictionis ecclesiasticae ex legg. utriusq. Cod. illustr. Diss. I. Lips. 1773, ed. 2. 1780, Diss. II. 1776. Diss. III. 1780. 4. — *Bruno Schilling* de origine jurisd. ecclesiasticae in causis civilibus, Lips. 1825. 4. — Ein Titel de episcopali audientia, angeblich a. E. des 16t. B.s, wird dem Theod. Cod. mit Unrecht zugeschrieben. Daß auch die drey Constitutionen selbst unecht seyen, die er enthalten sollte, sucht zu zeigen *J. Gothofred.* T. VI. p. 339 sqq. u. hinsichtlich der L. 1 auch *Hebenstreit* II. §. 16. *Schilling* §. 5. Die Echtheit der L. 3 vertheidigt Schilling, s. Note 4).

1) *Hebenstr.* Diss. II. §. 7. *Schilling* §. 4.

Digitized by Google

kenntnisse durch die gewöhnlichen Richter ohne Weiteres exequirt werden müßten [2]). Auch die Streitigkeiten der Cleriker können selbst von der Synode, wie derselben Gratian rescribirt, höchstens insoweit sie „religionis observantiam" betreffen, beurtheilt werden [3]). Ebenso verweist auch eine Const. von 385, wenn sie echt ist, nur die Kirchensachen vor die bischöffliche Gerichtsbarkeit [4]). Weiter als Constantin gehen auch noch nicht die wohl durch Ueberschreitung jener Gränzen veranlaßten Verordnungen von Arcadius und Honorius, welche den Bischöffen in Civilsachen durchaus nur schiedsrichterliches Erkenntniß gestatten, welches keiner Provocation unterworfen ist, aber richterlicher Execution überwiesen werden soll [5]). Ebenso erlauben diese Kaiser auch den im Uebrigen den gewöhnlichen Behörden unterworfenen Juden auf ihren Patriarchen zu compromittiren [6]). Valentinian III. scheint zwar im J. 425 die Cleriker in jeder Beziehung, da sie Joannes der Tyrann durchaus der weltlichen Behörde unterworfen hatte, an die episcopalis audientia gewiesen [7]), aber auch erfahren zu haben, daß er zu weit gegangen. Denn durch eine Verordnung von 452 beschränkt er mit Berufung auf das frühere Recht [8]) die bischöffliche Gerichts-

---

2) Sozom. hist. eccl. I, 9. Auct. vitae Const. IV, 27.

3) L. 23 C. Th. de episc. et cler. (1, 3).

4) Es ist die als L. 3 C. Th. de ep. aud. aufgenommene Constitution, deren Echtheit *Schill.* p. 36 sq. vertheidigt.

5) L. 7 C. de episc. aud. (1, 4) v. 398. L. 1 C. Th. de relig. (16, 12) v. 399, die nämlich ein eigentliches Rechtsprechen, außer „de religione," den Bischöffen abspricht, u. darauf bezieht sich Nov. XII. Val. III. „constat Episcopos forum legibus non habere, nec de aliis causis, secundum Arcadii et Honorii constituta, praeter religionem posse cognoscere." — L. 8 C. de ep. aud. v. 408. *Hebenstr.* II. §. 18 sq. Löhr Uebersicht der Constitt. I. S. 83 fg. Not. 4). *Schilling* §. 6.

6) L. 10 C. Th. de jurisd. (2, 1). L. 8 C. de Jud. (1, 9).

7) L. ult. C. de episc. et cler. (1, 3).

barkeit faſt mehr, als es vor ſeiner Zeit der Fall geweſen, indem er ſie unter den Clerikern, wie unter den Layen, durchaus nur unter Vorausſetzung eines förmlichen Compromiſſes, alſo nicht allein nie gegen des Beklagten Willen gelten läßt, ſondern auch nicht mehr wie ſonſt in Folge bloßen Pactums [9]). Die leztere Einſchränkung hat hinſichtlich der Cleriker Majorian wieder aufgehoben [10]). Valentinians Verordnung iſt im Ganzen von Marcian beſtätigt worden, nur ſollen die unter dem Patriarchen von Conſtantinopel ſtehenden Geiſtlichen blos bey dieſem oder bey dem praef. praet. belangt werden können [11]), und wie Leo und Anthemius weiter verordnen, die in den Provinzen lebenden Geiſtlichen nur bey dem rector provinciae [12]). Juſtinian nahm des Arcadius und Honorius Conſtitutionen, nicht die Valentinians, in ſeinen Codex auf [13]). In der Folge weiſ't er die ſtreitenden Theile in den Städten, wo kein Präſes iſt, an die rectores civitatum [14]). Die Kloſtergeiſtlichen ſollen nicht mehr vor die weltlichen Behörden gezogen, und dadurch in ihrer heiligen Verrichtung geſtört werden, ſondern vor den Biſchoff [15]), was der Kaiſer alsbald auf alle Geiſtlichen ausdehnt, es müßte denn der Biſchoff nicht entſcheiden können oder wollen, und auf jeden Fall ſollen ſolche Prozeſſe beſchleunigt werden [16]). Endlich hat Juſtinian die

8) „quoniam constat episcopos et presbyteros forum legibus non habere, nec de aliis“ etc. ſ. Note 5).

9) Nov. XII. Valent. III. u. dazu *Jan. a Costa* ad cap. 4 X. de judic., p. 285—287. Löhr a. a. O. II. S. 50 fg. Not. 3), S. 61 Not. 2). *Schilling* p. 21 sq., p. 28 sq.

10) Interpr. ad Nov. cit. Es war ein Theil der nur fragmentariſch erhaltenen Novell. Major. 2, vgl. die Rubr. de episc. judicio. *Hebenstr.* II. p. 44. *Schill.* p. 22.

11) L. 25 C. de episc. et cler. L. 13 C. de episc. aud.

12) L. 33 C. de ep. et cler.

13) S. Not. 5). Auch L. 29 C. de ep. aud.

14) Nov. 86, c. 7. Daß hierin eine Beſchränkung des Compromittirens liege, wie Schill. p. 24 sq. glaubt, braucht man nicht anzunehmen.

15) Nov. 79. 16) Nov. 83 praef.

Digitized by Google

ausschließliche Gerichtsbarkeit der Bischöffe in Kirchensachen bestätigt, die Civilklagen gegen Cleriker aber zuerst ebenfalls an die Bischöffe gewiesen, gegen deren Erkenntniß aber die Parteyen innerhalb der 10 Tage, während welcher man überhaupt gegen schiedsrichterliche Sprüche protestiren kann [17]), sich an den gewöhnlichen Richter wenden können, dessen confirmirende Sentenz sogleich rechtskräftig wird. Auch wenn der Bischoff zu entscheiden zögert, darf der Kläger den Richter angehen [18]). Außerdem erhalten die Bischöffe ein exclusives geistliches Forum [19]).

§. 25.

Militairische Gerichtsbarkeit *).

Eine militairische Gerichtsbarkeit existirte bey den Römern schon frühe [1]), aber nur in Criminal- und Disciplinarsachen. Noch Constantin verordnet ausdrücklich, daß die Soldaten in bloßen Civilsachen unter dem gewöhnlichen Richter ständen [2]), was Arcadius einschärft [3]). Erst Honorius und Theodos II. erlauben, daß Soldaten auch in Civilsachen von Privaten bey dem magister militum belangt werden könnten [4]); immerhin aber wurde drey Jahre später noch bey Strafe verboten, einen Privaten zu nöthigen, daß er als Kläger oder Beklagter vor den Militairobern Recht nehme [5]). Theodos und Valentinian lassen die Soldaten in den Provinzen unter den militairischen Gerichten stehen und auch nicht vor des Kaisers Comis-

17) Seit L. 5 C. de recept. arb. (2, 56). Dies beweist also auch gegen *Schill.* p. 43 sq., daß die Bischöffe immerhin nicht eine wahre erste Instanz bilden sollten.

18) Nov. 123, c. 21. 19) Nov. cit. c. 8, c. 22.

*) Savigny Gesch. Bd. 1, S. 75 fg.

1) Veget. de re milit. II, 7 u. 9. Tit. D. de re militari (49, 16).

2) L. 2 C. Th. de jurisd. (2, 1). 3) L. 9 C. Th. eod.

4) L. 6 C. de jurisd. (3, 13), v. J. 413.

5) L. 17 C. de off. milit. jud. (1, 46), v. J. 416.

Digitized by Google

tat evociren [6]). Auch Anastasius bestätigt unter näheren Bestimmungen den militairischen Gerichtsstand der Soldaten [7]), wiewohl sie, wenn sie daneben ein anderes Gewerb treiben, auch vor dem gewöhnlichen Richter belangt werden könnten [8]). Und endlich hat sich Justinian gleichfalls für die Gerichtsbarkeit der Militairobern erklärt [9]), hat aber namentlich auch noch die bey Note 5. erwähnte Bestimmung in Italien eingeführt [10]).

Zweyter Abschnitt.

Der Gerichtsstand *).

---

§. 26.

Das ältere Recht.

Haben wir bisher die Behörden nach der ihnen zustehenden Gerichtsbarkeit kennen gelernt, so entsteht die fernere Frage nach dem Gerichtsstande, d. h. welcher von den an sich competenten Behörden die streitenden Parteyen iedesmal unterworfen sind? eine Frage, die freylich da schon mit beantwortet ist, wo eine bestimmte Gerichtsbarkeit grade mit Rücksicht auf bestimmte Personen oder Verhältnisse eingeführt worden. — Als der Umfang des römischen Reichs noch klein und die Gerichtsbarkeit auf wenige Magistrate der Stadt Rom beschränkt war, konnte diese Frage gar nicht

6) Nov. Theod. 46. Vgl. §. 31.

7) L. ult. C. de re militari (12, 36).

8) L. ult. C. de jurisd. (3, 13).

9) L. 17 C. de jud. (3, 1), so wie Note 4), 5), 7) u. 8).

10) In der sanctio pragm. v. J. 554, c. 23.

*) Tit. D. de judiciis et ubi quisque agere et conveniri debeat (5, 1). C. Th. de jurisdictione et ubi quis conveniri debeat (2, 1). C. de jurisd. omnium judicum et de foro competenti (3, 13). — Bethmann-Hollweg Versuche nr. I. — Hugo Rg. 10te A. S. 621 fg.

Digitized by Google

aufgeworfen werden. Aber auch die ganze Zeit der Republik hindurch galt Rom als die communis patria [1]). Ferner mußte nicht nur jeder civis, sondern auch der Peregrine, wenn er da verweilte, bey dem dortigen Magistrate zu Recht stehen; die lezteren, seit ihrentwillen eine Prätur bestand, vor eben diesem Prätor, wenigstens als Beklagte. Mußte etwa der civis auch von dem Peregrinen vor dem urbanus praetor belangt werden, so würden sich da schon die ersten Spuren des Grundsatzes finden, welcher unter den Kaisern fortwährend gegolten hat, und also ausgedrückt wurde: actor rei forum sequi debet [2]). Wenigstens war die hier gerade auf den Beklagten zu nehmende Rücksicht jener Zeit nicht fremd, insofern in der Provinz Sicilien das Verhältniß der cives mit den Provinzialen also festgestellt worden, daß „quod civis Romanus a Siculo petet, Siculus judex datur, quod Siculus a cive R., civis R. datur" [3]), und daß den Sicilianern selbst das Recht eingeräumt werde, „ne extra suum *forum* vadimonium promittere cogantur" [4]). Hinsichtlich der Magistrate war die Anweisung eines bestimmten Geschäftskreises der römischen Verfassung zufolge nicht die Hauptsache [5]), ihr Verhältniß unter einander richtete sich nach der höheren und niederen Potestas, so daß ja jeder par und major magistratus intercediren konnte [6]). Daher konnten sich auch die beyden Prätoren in Rom wechselseitig ihre Geschäfte übertragen (§. 30), und stand es den Parteyen, wie wenigstens die classischen Juristen annehmen, frey, durch ihre Uebereinkunft [6a]) sich vor jeder Behörde einzulassen,

1) Cic. de legg. II, 2. S. §. 27 Note 3).

2) Vat. fr. §. 325, 326. L. 3 C ubi causa status (3, 22). L. 4 C. Th. de jurisd. L. 2, 5 C. eod. L. 3 C. ubi in rem actio (3, 19). L. 12 pr. C. de pr. long. temp. (7, 33).

3) Cic. Verr. II. 13. 4) Cic. Verr. III. 15.

5) Hollweg S. 13.

6) Cic. de legg. III. 3.

6a) *Bach* de prorogatione jurisdictionis, Lips. 1756, in opusce. p. 406 sqq. *A. C. Stockmann* de jurisdictione prorogata, Lips. 1777, 4.

Digitized by Google

soweit diese nur überhaupt die erforderliche [7]) jurisdictio hat [8]). Dabey wird mit Berufung auf die Worte der lex Julia judiciorum: „quo minus inter privatos conveniat," die Frage bejaht, daß des Prätors Consens nicht nöthig sey [9]). Den Grundsatz selbst hat offenbar die lex nur vorausgesezt [10]), welcher früherhin um so unbedenklicher gelten mußte. Dagegen ist es wohl zu bezweifeln, daß, wie in Rom, so auch anderwärts vor einem Magistrate mit voller Civiljurisdiction jeder, welcher da betroffen wurde, belangt werden konnte, und daß dann etwa die lex Julia die Competenz der nicht-römischen Magistrate regulirt, den Grundsaz, daß der Kläger dem Beklagten folgen müsse, zur festen Regel erhoben, und nur dabey den alten gewillkürten Gerichtsstand vorbehalten habe [11]). In Ermangelung von Nachrichten scheint etwas Sicheres hierüber nicht ausgemittelt werden zu können. Daß die geographische Begränzung der Jurisdiction für die städtischen Magistrate

---

7) War die Competenz auf eine Summe beschränkt, so mußten ähnliche Fragen entstehen, wie bey uns hinsichtlich der s. g. summa-appellabilis. S. dar. L. 11, 19 §. 1 D. de jurisd. (2, 1).

8) L. 1, L. 2 pr. D. de jud. L. 15 D. de jurisd. (2, 1). L. 1, 3 C. de jurisd. — Eine höhere Competenz konnte man freylich nicht verleihen, u. der ob. §. 5 bey Not. 13) erwähnte Fall erklärt sich dadurch, daß diese geringere Competenz der Municipal-Obrigkeiten erst auf späterer Beschränkung beruhte, welche Beschränkung dann allerdings dadurch bedingt seyn konnte, daß nicht die Parteyen selbst sich die umfassendere Competenz gefallen lassen, s. Hollweg S. 11, Not. 29.

9) L. 2 §. 1 D. de jud.

10) Die gemeine Meinung läßt durch dieses Gesez die Befugniß zur Provocation entstehen, vrgl. *Bach* l. c., in opuscc. p. 407 sq.

11) So vermuthet Hollweg S. 14 fg, auch wegen des allgemeinen Ausdrucks der l. Gall. Cisalp. c. 21: A *quocunque* pecunia certa credita — *in eorum quo oppido* u. s. w. Allein vorausgesezt, daß städtische Magistrate nie über Fremde Competenz hatten, so erklärt sich diese Fassung leicht.

Digitized by Google

durch das Territorium ihrer Stadt [12]), für den Provinzialvorsteher durch die Gränzen seiner Provinz bezeichnet war [13]), das galt gewiß vom Anfang an. Dagegen gehörte Italien als das erweiterte Rom zum Sprengel des römischen Prätors, soweit nicht die den Municipien gestattete selbstständige Gerichtsbarkeit hindernd eingriff. Unter den Kaisern wurde diese erst geschmälert, und sind dann aber auch eigene italische Magistrate ernannt worden, s. §. 4 und 5.

§. 27.

Unter den Kaisern, vor Constantin.

Unter den Kaisern war es im Ganzen leitender Grundsaz, es könne Jeder nur vor seiner Orts- oder Provinzialobrigkeit belangt werden (§. 26, Not. 12) und 13)). Die hat er aber in den Municipien durch die Geburt (origo), welcher Adoption und Manumission gleichsteht, oder durch Aufnahme in die Bürgergemeinde, und als incola durchs Domicilium (Bd. 1, S. 443), so daß er einem doppelten Gerichtsstand unterworfen seyn kann [1]). In den Provinzialstädten mit Localobrigkeiten mußte dasselbe gelten, aber der Provinz als solcher gehört man nur als incola an, und wird also nur durchs Domicilium der Jurisdiction des Präses unterworfen [2]). Daß aber Rom die communis patria sey, haben die classischen Juristen noch fortwährend ausgesprochen [3]), und daran die praktische Folge geknüpft, daß

12) L. 20 D. de jurisd. L. 239 §. 8 de V. S. Sicul. Flacc. de condit. agror. ed. Goës. p. 1.

13) L. 1, L. 2 pr. L. 4 §. 6, L. 5 D. de off. proc. (1, 16). L. 3 de off. praes. (1, 18).

1) L. 29 D. ad munic. (50, 1).

2) L. 37 pr. D. eod. L. 190 de V. S., so daß also in L. 1 § 2 D. de tut. l. cur. dat. (26, 7) vel für i. e. zu nehmen ist. — L. 2 C. de interd. (8, 1). L. 3 D. de off. praes. (1, 18). — Vat. fr. §. 326. L. 29 §. 4 D. de inoff. test. (5, 2). L. 2 C. ubi et ap. quem (2, 47). Hollweg S. 6 fg. Für causae status gilt dasselbe L. 3, 4 C. ubi causa status agi deb. (4, 22).

Digitized by Google

die Gerichte der Hauptstadt für jeden Einwohner des Reichs, gleichsam ebenfalls als s. g. forum originis, competent seyen. Freylich mußte man dort anzutreffen seyn, oder da Vermögen haben, so daß wenigstens missio in possessionem verhängt werden konnte. Ein besonderes Privilegium war es, nur in seiner Heimath zu Recht zu stehen [4]), das jus revocandi domum, welches vorzugsweise denen zustand, die in öffentlichen Geschäften nach Rom geschickt worden sind, aber nur während der Dauer ihrer Function, und nicht für ihre dort erst begründeten Verhältnisse [5]). Aber auch wer in einer fremden Privatsache z. B. als Zeuge hingerufen wurde, oder in eigner, z. B. um zu appelliren, gekommen, genoß dieselbe Gunst [6]). Neben diesem im Grunde dreyfachen Gerichtsstande des Beklagten: der Herkunft, der Heimath und Roms, bestand forwährend der auf Uebereinkunft beruhende (§. 26), das s. g. forum prorogatum [7]), nur daß gewiß der Magistrat sich diese s. g. Prorogation nicht gefallen lassen muß [8]). Daß die Parteyen durch beyderseitige Einwilligung zurücktreten konnten, versteht sich von selbst, aber auch, daß das bloße Pactum als solches den einseitigen Rücktritt nicht zu hindern vermochte [9]). Es war also entwe-

3) L. 19 pr. de int. et rel. (48, 22). L. 6 §. 11 de exc. (27, 1). Modestin in L. 33 D. ad munic. (50, 1).

4) *Dirksen* observv. ad l. Gall. Cisalp. p. 56—60.

5) L. 2 §. 2—5, L. 8, L. 28 §. 1—4, L. 39 §. 1 D. de judic. L. 28 §. 4 ex quib. caus. maj. (4, 6). L. 32 §. 9 de recept. (4, 8). L. 5 §. 1 de const. pec. (13, 5). L. 3 D. de legationib. (50, 7).

6) L. 2 §. 3, 4 D. de jud.

7) Der Ausdruck ist durch L. 2 §. 2 D. de jud. veranlaßt worden, wo aber von vertragsmäßiger Prorogation d. h. Verlängerung der einem datus judex vorgeschriebenen Zeit die Rede ist.

8) Das Gegentheil folgt nicht aus L. 2 §. 1 D. de jud.

9) Man mag nun die vielbesprochene L. 18 D. de jurisd. auf die eine oder andere Weise verstehen, vgl. *Bach* de pror. jurisd. §. 5. opusce. p. 416 sqq. S. L. 29 C. de pact. (2, 3), worin Justinian dem bloßen Pactum, und wohl nicht blos als adjectum, volle Wirksamkeit verleiht.

Digitized by Google

der ein wirksames pactum adjectum nöthig, wiewohl vielleicht auch daran, ob das hinreiche, gezweifelt wurde (s. Not. 9)), oder Stipulation (vadimonium) oder aber Litiscontestation [10]). Daß man sich in jus vociren ließ, entscheidet nichts, weil man auch vor der incompetenten Behörde sich stellen, und die Gründe gegen ihre Competenz deduciren muß, über welche sie alsdann selbst entscheidet [11]). Im spätern Prozesse ist daraus die in principio litis zu opponirende fori praescriptio geworden [12]). Dagegen die Zeit, nach welcher die Competenz zu beurtheilen, war allerdings die der Vocation, sie begründet s. g. Prävention, d. h. die nachher veränderten Verhältnisse der Parteyen sind für diesen Rechtsstreit ohne Einfluß [13]).

§. 28.

Fortsetzung. Specielle Fora.

Durch die verschiedene Natur der Klagen hat sich die bisher nur für sich selbst betrachtete Lehre vom Gerichtsstande noch eigenthümlich gestaltet. War ein Erfüllungsort willkürlich bestimmt worden, sollte also nur da geleistet, so konnte [1]) eigentlich auch nur da die Leistung gefordert und eingeklagt, d. h. gerichtlich gefordert werden. Bey certi condictio ist dieser Grundsa in seiner ganzen Strenge befolgt worden, und zwar offenbar von Anfang an, da man vielmehr zu den für den Kläger milderen und künstlicheren Grundsätzen erst fortgeschritten war, nämlich bey der anderwärts anzustellenden Klage das Interesse des Erfüllungsorts zu berücksichtigen. Man war genöthigt, durch eine besondere Klage statt der certi condictio die gerichtliche Verfolgung an dem Orte

10) L. 30. L. 52 pr. D. de jud., nicht schon Edition L. 33 D. de jud. S. *Stockmann* de jurisd. pror. §. 3.

11) L. 2 init. D. si quis in jus voc. (2, 5). L. 5 D. de jud. (5, 1).

12) L. ult. C. de exceptt. (8, 36). L. 4 C. de jurisd. (3, 13). L. 29 C. de pact. (2, 3). S. §. 97.

13) L. 7 D. de jud. L. 19 pr. de jurisd. L. 2 C. eod.

1) Hollweg, S. 36 fgg.

Digitized by Google

des gewöhnlichen Gerichtsstandes möglich zu machen. Nur die incerti actiones hat man unmittelbar selbst auch anderwärts, als am Erfüllungsorte, zugelassen, und mußte somit im Allgemeinen eine Concurrenz dieses und des persönlichen Gerichtsstandes des Schuldners einräumen [2]). Wo der Erfüllungsort nicht beliebig (durch Vertrag oder Testament) bestimmt war, galt der ganze Grundsaz nicht [3]). In der Verabredung eines bestimmten Erfüllungsortes lag übrigens in der Regel die stillschweigende Uebereinkunft, auch dort klagen zu dürfen, es wird in Bezug auf den Gerichtsstand so angesehen, als hätte man dort contrahirt [4]). Die römischen Juristen finden nämlich überhaupt in Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen eine stillschweigende Unterwerfung unter die Gerichte des Vertragsortes, wenn nicht die entgegengesezte Absicht aus der ausdrücklichen Verabredung oder den Umständen hervorgeht [5]). Wenn auch dieser und der Ort des Domicils zusammenfallen, so ist doch der lezte veränderlich und der andere auch für den Erben als solchen bindend [6]). Diese stillschweigende Prorogation ist die wahre Bedeutung des s. g. forum contractus [7]), wovon das s. g. forum gestae administrationis nur eine Anwendung ist [8]), und wodurch man sich natürlicherweise seinem gewöhnlichen Gerichtsstande nicht entzieht, der also damit concurrirt [9]). Die bindende Kraft des Vertrags liegt in der klagbaren Natur des Contractes selbst. Ueber das im Ganzen nicht be-

---

2) L. 19 §. 4 D. de jud. vgl. mit §. 62 u. §. 68.

3) Hollw. S. 47 fgg.

4) Gajus L. 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5). Julian L. 21 de O. et A. (44, 7).

5) L. 19 §. 2 vgl. mit §. 1 D. de jud. L. 65 eod.

6) L. 19 pr. eod. L. 2 C. de jurisd.

7) Hollw. S. 16 fgg.

8) L. 19 §. 1. L. 36 §. 1. L. 45 pr. de jud. L. 54 §. 1 de proc. (3, 3). — L. 4 §. 5 D. de edend. (2, 13). L. 1, 2 C. de ratioc. (3, 21). Hollw. S. 28.

9) L. 2 C. de jurisd. L. 1, 2, 3 D. de reb. auct. jud.

Digitized by Google

gründete s. g. forum reconventionis s. §. 100. Durch kaiserliche Constitutionen ist ferner dem Erben, in Ermangelung anderer testamentarischer Bestimmungen, gestattet worden, Fideicommisse nur entweder in seinem Domicil, oder da zu entrichten, und es scheint auch die Klage nur da anzunehmen, wo der größere Theil der Erbschaftssachen liegt[10]). Auch nur an denselben Orten braucht, wahrscheinlich gleichfalls in Folge von Rescripten, der Fideicommißerbe den Erbschaftsgläubigern Rede zu stehen[11]). Ein forum contractus ist weder dieses noch jenes[12]). Von andern speciellen Gerichtsständen finden sich zur Zeit der classischen Juristen nur erst unbedeutende Spuren[13]). Es verliert nämlich der legatus für ein begangenes Delict das jus revocandi domum[14]), ob auch, wenn er wegen einer Sache, die er in Rom besitzt, mit in rem actio belangt wird, war bestritten. Julian verneint es, es sey denn, daß er den Besitz erst während seines dortigen Aufenthalts erworben habe, und diese Meinung scheint das Uebergewicht erhalten zu haben[15]). Ein Sclave muß da vertreten, oder noxae gegeben werden, wo er delinquirt hat[16]). Ein civiler Incident- oder doch mit der Criminalsache genau verbundener Civilpunct konnte mit jener selbst erörtert[17]), oder umgekehrt über die calumnia bey der Civilsache erkannt werden[18]), wie ja auch bey connexen Sachen ein und derselbe judex (Privatrichter) gegeben wurde, s. §. 11. Aber Jemand der Connexität wegen vor ein sonst nicht gegen ihn competentes Forum zu ziehen, war durchaus

10) L. 50 — L. 52 D. de jud. L. un. C. ubi fideicommissum peti oporteat (3, 17).

11) L. 66 §. 4 D. ad Sct. Treb. (36, 1).

12) Hollw. S. 32 fgg. 13) Hollw. S. 52.

14) L. 24 §. 1 D. de jud.

15) L. 24 §. 2. L. 25 eod. Hollw. S. 60.

16) L. 43 de nox. actt. (9, 4).

17) L. 4 §. 4 D. fin. reg. (10, 1). L. 1 C. de off. rect. (1, 40).

18) L. 39 §. 1 D. de lib. caus. (40, 12).

Digitized by Google

nicht erlaubt. Selbst die Bestellung desselben Judex sezt Anhängigkeit vor demselben Magistrate voraus, die nicht erzwungen werden konnte [19]). In den Besiz weis't nur der judex rei sitae ein [20]), aber für wirkliche in rem actiones bleibt es bey dem blos vom persönlichen Gerichtsstande zu verstehenden Grundsatze: actor rei forum sequitur [21]).

§. 29.

Die Veränderungen unter den christlichen Kaisern.

Im älteren Rechte bestanden also im Ganzen nur die s. g. fora originis, domicilii, prorogata, zu welchen das Forum des Contracts gehört, und dann noch das Forum des Erfüllungsortes. Wo connexe Sachen vormals vor denselben Judex gebracht worden, also unter der Voraussetzung, daß sie bey demselben Magistrate anhängig waren, da werden freylich auch jezt, wo der Magistrat selbst zugleich als Judex handelt, judicia conjungirt. Constantin verbietet erst das Theilen der „causae continentia." Selbst durch kaiserliches Rescript soll nicht an verschiedene judices gebracht werden, was vor Einer Behörde beendigt werden kann, woraus also noch nicht einmal folgt, daß ein incompetentes Forum durch die Connexität competent werde. Wer dagegen supplicirt und namentlich über das Recht einen andern (auswärtigen) judex begehrt als über den Besiz, soll gestraft werden [1]). Vielleicht ist also das Gesez auf das Verhältniß des Possessorium zum Petitorium zu beschränken, worüber etwa auch vorher schon Ein Judex erkennen sollte [2]).

---

19) Gründlich erwiesen ist es von *Bach* de causis conjunctis, in opuscc. nr. VII.

20) L. 12 §. 1 D. de reb. auct. jud. (42, 5). L. un. C. ubi de hered. (3, 24).

21) Vat. fr. §. 326 vgl. mit L. 3 C. ubi in rem (3, 19). Blos auf Acte der freywilligen Gerichtsbarkeit bezieht sich Vat. fr. §. 232. L. 27 pr. de tut. et cur. (26, 5). L. 16 C. de praed. min. (5, 71).

1) L. 2 C. Th. de judic. (2, 18) oder L. 10 C. de jud. (3, 1). Dazu *J. Gothofr.* I. p. 195 sq. Vgl. noch Symm. X. ep. 41.

Digitized by Google

Auch eine praescriptio litisconsortium hatte Constantin eingeführt, wenigstens mit Rücksicht auf die demselben Forum unterworfenen Theilhaber, welche aber Julian wieder aufgehoben hat; es solle hier durchaus beym „antiquum jus“ (§. 11) bleiben, und dabey hat es auch Justinian gelassen [3]). Daß possessorische Interdicte an dem Ort angestellt werden dürften, wo die Gewaltthätigkeit verübt worden, darüber rescribiren Valentinian und Valens [4]). Das s. g. forum rei sitae war wenigstens zu Diocletians Zeit noch unbekannt [5]). Wenn derjenige, welcher als Stellvertreter eine Sache besaß, mit in rem actio belangt wurde, so war zwar der wirkliche Besitzer allerdings interessirt, sich in den Prozeß selbst einzulassen [6]), aber Constantin verordnete, daß er dieß müsse. Der Stellvertreter soll den dominus nennen, dieser wird, auch wenn er anderwärts wohnt, vorgeladen, und muß sich selbst einlassen, wenn er nicht wie ein contumax die Einweisung des Klägers in den Besitz der geforderten Sache erleiden will, die ihn nöthigen würde, seiner Seits sein Recht klagend geltend zu machen [7]). Allein erst Valentinian, Theodos und Arcadius ver-

---

2) L. 13 C. de rei vind. (3, 32). So *Bach* de causs. conj. l. c. p. 299 sqq. Indessen könnten die Worte: „ab eodem judice“ in L. 13 interpolirt seyn.

3) L. un. C. Th. de dominio rei, quae poscitur, vel consortibus etc. (2, 5). L. 1 C. de consortib. ejusdem litis (3, 40). *J. Goth.* ad L. un. cit. I. p. 123 sq.

4) L. un. C. ubi de poss. agi oporteat (3, 16) v. J. 366.

5) Vat. fr. §. 326, auf welche Stelle zunächst Hefftter Institt. S. 143 und Schrader in Tüb. krit. Ztschr. Bd. 1, S. 178 aufmerksam gemacht haben. S. unt. Note 8). Vgl. auch L. 1 §. 1, L. 3 pr. D. de alien. jud. mut. causa. Nicht entgegen ist L. 38 D. de jud. S. Hollw. S. 74 fg. Hefftter im Archiv f. civ. Pr. Bd. 10, S. 203 fg.

6) L. 1 C. ubi in rem actio exerceri debeat (3, 19). L. 49 pr. D. de jud.

7) L. 2 C. ubi in rem vgl. mit §. 85.

Digitized by Google

ordnen (jubemus) geradezu und als Ausnahme von dem fortwährend als Regel anerkannten Grundsatze, und vielleicht mit Rücksicht auf jenes im Ausdrucke übereinstimmende Diocletianische Rescript, daß in rem actio auch da (sed et), wo die vindicirte Sache liegt, angestellt werden könne [8]). Es ist hierunter nicht einmal die hereditatis petitio begriffen, welche nach wie vor im Domicilium angestellt werden mußte [9]), überhaupt wohl blos die rei vindicatio, wenn man auch allenfalls nun in der Praxis weiter gegangen seyn sollte [10]). In dieser Lage blieb die Sache bis zu einer No-

---

8) L. 3 C. eod. Diesen Kaisern schreibt auch bereits Hugo, 8te Rg. S. 770 (10te S. 913) die Einführung des s. g. forum rei sitae zu, welche Ansicht ausführlich von Hollweg S. 53 fgg., davon unabhängig auch von Hefftter Archiv X. 2 nr. 9 vertheidigt wird. Vorerst hielt man dieses Forum für älter und schon in den Digesten begründet, u. nahm höchstens die hered. petitio aus, L. 29 §. 4 D. de inoff. (5, 2), welche noch Valerian u. Gallien im Gegensatze mit der in loco rei sitae zu verfügenden missio in poss. an das Domicil verweisen, L. un. C. ubi de hereditate agatur etc. (3, 20), also an eine andere Behörde als die Mission, wenn der Beklagte nicht „ibi ubi res hereditariae sitae sunt degit." Hält man dies für eine beschränkende Bedingung des for. rei sitae überhaupt, *Cujac.* Paratitl. C. ubi de hered., Hefftter im Arch. a. a. O. S. 203: so würde freylich selbst die L. 3 C. ubi in rem nichts Neues enthalten u. das so verstandene for. rei sitae lange vorher bestanden haben. Allein Andere halten jenes für eine Singularität der hered. petitio, bey welcher mithin eine Art gemischten Forums bestanden hätte, vgl. Bayer im Archiv VI, 2 nr. 8. welches dann als Vorläufer für Valentinians weiter gehende Verordnung anzusehen. Aber am Ende wollte jenes Rescript nichts weiter sagen, als daß missio u. petitio dann freylich vor denselben judex kommen, wenn der Beklagte da, wo die Erbschaftssachen liegen, auch wohnt, s. Hollweg S. 63—65, auch Hugo Rg. 10te A. a. a. O. in der Note.

9) Denn über das forum hereditatis wird in einem besonderen und zwar sogleich darauf folgenden Titel (Not. 8) gehandelt. Vgl. Bayer a. a. O.

10) Hollweg S. 62 fg. S. 66.

velle Justinians. Diese will (auch mit Rücksicht auf die von dem Beklagten geltend gemachten privilegia fori), was vorher nur ποικιλως (varie) geschehen sey, die speciellen Gerichtsstände auf das eine Princip zurückführen, daß jeder da zu Recht stehen müsse, wo er sich verpflichtet habe, also da, wo er delinquirt, contrahirt habe, oder durch Vorenthaltung zur Anstellung einer dinglichen oder wohl auch nur einer gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klage Veranlassung gibt, oder welcher nur ein dingliches Verhältniß zum Grunde liegt, wie bey der ausdrücklich genannten actio finium regundorum. Das forum rei sitae hat also dadurch eine sehr weite Ausdehnung, und eine mit dem nun ebenfalls allgemein eingeführten forum delicti gemeinsame [11]) Grundlage erhalten [12]). Von einem Forum der Connexität ist auch hier nicht die Rede. Endlich pflegt man auch noch von privilegirten foris zu sprechen, die unter den christlichen Kaisern entstanden seyen. Allein ein solcher Gerichts stand beruht nur auf der für besondere Rechtsstreitigkeiten (z. B. causae fiscales, ecclesiasticae) oder für eine gewisse Classe von Personen begründeten Gerichtsbarkeit, und ist nicht einmal eine Neuerung jener Zeit, da es ja auch vorher einen besonderen praetor fiscalis u. s. w. gegeben hat. Es ist z. B. keine Abweichung von dem Grundsatze: actor rei forum seq., wenn coloni vor dem comes klagen müssen und verklagt werden, oder auch der klagende Fiscus an die fiscalische Behörde geht, eben weil das die für beyde competente seyn sollte. In dem vorigen Abschnitt ist also die ganze Lehre schon mit erörtert [13]).

---

11) S. auch §. 28, Not. 15).

12) Nov. 69 pr. c. 1 u. dazu Hollw. S. 66—69.

13) Uebrigens rechnet man nur hierher das Forum der Geistlichen u. Soldaten, u. das nicht in diesen Zusammenmenhang gehörende s. g. forum miserab. personar., worüber §. 31.

§. 30.

Mandiren der Jurisdiction *).

Seine Stellung und Würde erhält der Magistrat durch den Umfang des Imperiums, §. 26. Er kann es also nicht beliebig an Andere übertragen. Nicht so verhält es sich mit der Jurisdiction in e. S. Die ist der Ordnung wegen allerdings an bestimmte Behörden gewiesen, allein sowie den Parteyen Prorogation, so ist jenen auch Translation dieser Jurisdiction, soweit sie vom Imperium getrennt werden kann, in vollem Umfange gestattet. Es beruht das auf dem Verhältnisse der römischen Verfassung, war more majorum begründet, wie die römischen Juristen sagen [1]), und ist etwas Anderes als die Ernennung wirklicher stellvertretender Behörden, welche selbst zur Zeit der reges vorgekommen. Hier ist blos von der Jurisdiction die Rede, die von Anfange an [2]) z. B. der praetor peregrinus seinem Collegen, dem praetor urbanus, mandiren konnte [3]), und die oft den Quästoren einer Provinz mandirt wurde [4]), und die auch zur Zeit der Republik nicht gerade blos im Falle der Abwesenheit mandirt werden konnte [5]), und wohl auch damals schon an Private, was wenigstens in der Folge oder im Pandectenrechte, wo wir überhaupt erst Erörterungen über die Sache finden, gewiß ist [6]). Jede erst auf specieller gesezlichen

*) Tit. D. de off. ejus cui mandata est jurisdictio (1, 21).

1) L. 1 §. 1 eod. „... verius est enim more majorum jurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire.“ L. 5 D. de jurisd. (2, 1). Am Ende der L. 1 cit. tadelt Paulus nur, wenn man nicht einmal eine modica coercitio, so viel als mit der Jurisdiction verbunden seyn muß, dem Mandatar gestatten will, vgl. L. 5 §. 1 D. eod.

2) Cic. ad fratr. ep. 1.

3) Liv. XXIV, 44 auch Capit. Marc. c. 12.

4) Cic. in Caecil. 17. Suet. Caes. 7. Cic. ad div. II, 15.

5) Das ergibt sich aus dem, was in L. 1 pr. D. ht. mit Rücksicht auf die lex Julia de vi bemerkt wird.

Digitized by Google

Verweisung beruhende Competenz kann jezt wie vorher nicht mandirt werden, außer in soweit das Gesez selbst die Befugniß gibt[7]). Die judicis datio muß nothwendigerweise dem Mandatar zustehen[8]), der übrigens ganz als Substitute des Mandans zu betrachten ist[9]), so daß nur an die Oberbehörde des lezteren appellirt werden konnte[10]), und alle die bekannten Grundsätze des Mandats zur Anwendung kommen[11]). Besonderes galt beym legatus proconsulis, welcher eine eigene, aber der Ausübung nach vom hinzukommenden Mandate des Proconsuls abhängende Competenz hat[12]); so daß es zwar dem Proconsul freysteht, ob er mandiren will, und dem Legaten keine andere als mandata jurisdictio zusteht, welche aber alsdann ohne den princeps nicht widerrufen werden konnte[13]). Ebenso durfte auch das, was Theil des wirklichen Imperiums ist, dem Legaten aufgetragen werden[14]). Durch solches Mandiren (Delegiren) war zugleich dem gewissenhaften Magistrate ein Mittel an die Hand gegeben, in einzelnen Fällen die Ausübung der Gerichtsbarkeit von sich zu weisen[15]). Denn ein Recusationsrecht der Partey gab es fast gar nicht, s. §. 31, und der Fälle, wo der Magistrat selbst unfähig war, wenige[16]).

6) L. 5 §. 1, L. 3 D. ht.

7) L. 1 pr. D. ht. Vgl. L. 8 pr. D. de tut. dat. (26, 5) mit L. 6 §. 2 D. de tutel. (26, 1). L. 8 §. 18 mit pr. D. de trans. (2, 15). L. 2 §. 1 D. ht.

8) L. 12 §. 1 D. de jud. Nicht entgeg. ist L. 5 C. de judic, s. *Noodt* de jurisd. II, 1.

9) L. 1 §. 1, L. 3 D. ht. L. 16 de jurisd. (2, 1).

10) L. 1 §. 1 D. quis a quo app. (49, 3).

11) L. 5 pr. D. ht. L. 5, 6, 16, 17 D. de jurisd. (2, 1).

13) Rubr. u. L. 13 D. de off. proc. et legati (1, 16). L. 12 §. 1 de jud.

14) L. 6 pr. D. de off. proc. u. vom legatus des Proconsul ist auch L. 4 §. 1 D. ht. zu verstehen, vgl. L. 4 pr. D. eod.

15) L. 17 D. de jurisd.

16) Z. B. in eigener oder der Seinigen Sache, L. 10 D. de jurisd. Das Erstere ist noch in einem Edict vom J. 378 aus-

Besondere Verordnungen der Art sind erst unter den christlichen Kaisern entstanden [17]). Zu dieser Zeit mußte die Häufung der Geschäfte, da die Magistrate zugleich die Richter waren, zum Delegiren, zur datio judicis i. d. S., welcher Ausdruck jezt keine Zweydeutigkeit mehr enthielt, nur um so häufiger Veranlassung geben [18]), und es fehlte namentlich den höheren Behörden nicht an vicariis, die sie dazu gebrauchen konnten, s. §. 20.

§. 31.

Recusation des Magistrats.

Dem Magistrate war es nach der bisherigen Erörterung möglich, sich der Selbstcognition zu entziehen, die Parteyen aber konnten einseitig dem competenten Magistrate keineswegs entgehen [1]). Erst gegen die Zeit [2]) oder doch zur Zeit der christlichen Kaiser war es möglich, durch Vermittlung des Kaisers den gewöhnlichen Judex zu vermeiden. Nämlich auf Verlangen der einen oder andern Partey kann die Rechtssache durch kaiserliches Rescript 1. an einen extraordinarius judex (einen auswärtigen Richter, als Specialcommissär) gewiesen werden [3]), es sey denn eine Partey gegen solche

drücklich verordnet worden, L. un. C. ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicat (3, 5): „generali lege decernimus" rel., also zu einer Zeit, wo der Magistrat auch judex war.

17) So die in der vor. Note, u. L. 2 C. Th. de postul. (2, 10), die den Anfang und Schluß der L. 6 pr. C. de post. (2, 6) bildet.

18) L. un. C. qui pro sua jurisd. judices dare darive poss. (3, 4). L. 8 C. Th. de off. proc. (1, 12).

1) *Schulting* de recusat. judicis, c. 6, §. 5—15, in Acad quaestt. T. I, p. 71—90.

2) Denn schon bey Paul. V. 5ª, §. 1 ist von Richtern die Rede, „qui ab Imperatore extra ordinem petuntur" (vgl. L. 6 C. Th. de jurisd. 2, 1), wenn das nicht späterer Zusaz ist, u. Constantin sezt im J. 334 die Zulässigkeit der Verweisung von Rechtssachen an den kaiserlichen Comitat voraus, s. Note 9).

3) L. 1 C. Th. de dilationib. (2, 7) oder L. 2 C. eod. (3, 11):

Evocationen privilegirt, wie die milites in den Provinzen [4]), die naviculârii des Orients [5]), die Priester und Curialen [6]), oder wenn continentia causae im Wege steht (§. 29). 2. Auch von der Civil- an eine Militärbehörde [7]), und 3. an den Kaiser selbst (ad principis comitatum) [8]), wovon jedoch Pupillen, Wittwen, Kranke und Gebrechliche nach einer Verordnung Constantins befreyt seyn sollen, obwohl umgekehrt diese Personen (die „fortunae injuria miserabiles") allerdings vom Kaiser die Befugniß erbitten dürfen, ihren Gegner vor das kaiserliche Forum zu ziehen [9]). Was den Kaiser zu solcher Willfährigkeit bewegen mochte, das hing freylich von ihm selbst ab; Einfluß eines mächtigen Gegners [10]), Feindschaft des Richters [11]), sind Gründe der Art, obwohl man dem Kaiser Valentinian den Vorwurf gemacht hat, daß er selbst in diesem lezten Falle den gerechtesten Bitten nicht nachgegeben habe [12]). Ueber recusatio judicis scheint zwar Zeno eine Verordnung erlassen zu haben, wobey aber doch wohl nur die auf behaupteter Incompetenz gegründete Opposition gemeint war [13]). Hin-

---

„si quando quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportaverit," L. 7 C. Th. de navic. (13, 5). — „ne ex rescripto nostro ad extraord. judicem evocentur." Vgl. die vor. Note, u. zu der das. cit. L. 6 C. Th. auch Löhr Uebersicht, I. S. 74 fg. Not. 6).

4) S. §. 25 bey Not. 6).

5) L. 7 C. Th. cit. 6) L. 60 C. Th. de decur. (12, 1).

7) L. 9 C. Th. de jurisd. (2, 1) — „sine coelesti oraculo." L. 5 §. 1 C. eod. (3, 13).

8) L. 2 C. Th. de off. omn. jud. (1, 10). Vgl. Cassiod. Varia IV, 40. *J. Goth.* ad L. 2 cit., I. p. 65.

9) „Praesertim cum alicujus potentiam perhorrescant." L. 2 C. Th. cit. v. J. 334 od. L. un. C. quando Imp. inter pupillos. Vgl. Cassiod. Var. IV, 8 u. 9.

10) S. Note 9) u. Nov. Mart. 1.

11) Amm. Marcell. XXVII. 7. 12) Amm. Marc. l. c.

13) L. (rest.) 12 C. de jud. S. *Cujac.* Obss. IX, 20. —

gegen erklärt Justinian, es sey „apertissimi juris“, daß man delegirte judices vor der Litiscontestation recusiren dürfe[14]), und dabey wurde nach Justinians Vorschriften also verfahren[15]). Die Recusation wird schriftlich dem perhorrescirten Richter selbst, auch wenn er vom Kaiser ernannt war, angezeigt, oder in dessen Abwesenheit zu den Acten des gewöhnlichen Richters gegeben; von der Nothwendigkeit, Gründe anzuführen, ist nicht die Rede. Die Parteyen müssen aber alsdann innerhalb drey Tagen Einen oder mehrere arbitri wählen (im Falle des Dissenses entscheidet wieder der gewöhnliche Richter), welche alsdann die Stelle des delegirten Richters vertreten[16]). Statt des vom praefectus praetorio bestellten arbiter erlaubt Justinian die Cognition des Präfecten selbst aufzurufen[17]). Späterhin hat dieser Kaiser der Partey noch das Recht ertheilt[18]), in Bezug auf alle, auch die höchsten Magistrate darauf anzutragen, daß ihnen noch ein Richter beygegeben werde[19]), dem Provinzialvorsteher namentlich ein Bischoff[20]).

Den Sinn hat das recusare zum Theil auch in L. ult. C. de sent. et interl. (7, 45).

14) L. 16 init. C. de jud., L. ult. C. cit., L. 4 C. de jurisd. omn. jud., wo die Worte: „post litem contestatam“ Justinianeische Interpolation sind, *J. Gothofr.* ad L. 6 C. Th. de jurisd., I. p. 95.

15) *Schulting* l. c. c. 11 u. c. 12, §. 1—4.

16) L. 16, 18 C. de jud. (3, 1). S. auch Nov. 53 c. 3, Nov. 96 c. 2.

17) L. un. C. ne liceat in una (7, 70).

18) *Schulting* c. 6, §. 7, 11, 14.

19) Nov. 13 c. 2. 20) Nov. 86 c. 2.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.
Die Gattungen und Formen der Klagen.

Erste Abtheilung.
Allgemeine Verhältnisse.

§. 32.
Legis actiones *).

Die ältesten Formen gerichtlicher Geltendmachung seiner rechtlichen Ansprüche, der actiones i. d. S. d. W., hatten den technischen Namen legis actiones, wie uns jezt Gajus berichtet[1]), obwohl der häufig vorkommende Ausdruck selbst, sowie der lege agere an sich schon bekannt gewesen. Der Schilderung im Einzelnen zufolge wird aber dadurch nur das beyderseitige[2]) symbolische Handeln und formelle Reden bezeichnet (das agere und dicere, also die actiones und aitiones, wenn man will), durch welches der Rechtsstreit vor der Obrigkeit eingeleitet wird. Eine nur abgeleitete Bedeutung von legis actio ist es, welche die Fähigkeit des Magistrats bezeichnet, ein Rechtsgeschäft vor sich vornehmen zu lassen[3]), nämlich ein solches, welches wirklich auf legis actio beruht, und es wird also damit nur die Competenz des Magistrats, eine wirkliche und folglich auch fingirte legis actio unter seiner Mitwirkung vorgehen zu lassen, bezeichnet (s. §. 40 a. E.). Mit legis actio gleichbedeutend ist der

---

*) *Dupont* p. 14—38. — *J. Fr. Leonh. van Hasselt* de legis actionibus, Groningae 1824, 8. — *F. C. Olsen* de legis actionib. Part. 1. Havniae 1825, 8. Part. 2 ib. 1827. — Hugo Rg. S. 270 fgg. — (Bd. 1, §. 116).

1) Gaj. p. 190 l. 14 sq.

2) Beyde Parteyen lege agunt, s. §. 39 fgg., Gaj. p. 195 l. 22, p. 196 l. 18 u. s. w.

3) Hugo S. 270, Z. 9 fgg.

Digitized by Google

Ausdruck legitima actio [4]), und dieſe nach Pomponius aus den 12 Tafeln gebildeten certae solennesque actiones [5]) ſind dort auf jeden Fall nur mittelbar begründet, indem die Ausbildung des eigentlichen Formulars gewiß theils den älteren Rechtsbewahrern (den pontifices), theils den ſpätern Auslegern angehört. Nur die Vorausſetzungen und Wirkungen, oder die Feſtſtellung ſchon vorher üblich geweſener Formeln mochten in die 12 Tafeln eingegangen ſeyn, welchen man am allerwenigſten ein beſonderes, grade den legis actiones gewidmetes Capitel zuſchreiben darf [6]). Auch iſt noch durch ſpätere Volksſchlüſſe die Zahl vermehrt, und ſind etwa manche Formeln näher beſtimmt worden. Die Benennung aber ſoll entweder daher kommen, daß doch leges die Quelle dieſer Klagen waren, oder aber weil die Wortſtellung bey Gefahr des Unterliegens (causa cadere) den Worten des Geſetzes auf das Genauſte entſprechen mußte [7]). Obwohl legis actio der Name für das ganze einleitende Verfahren war, ſo wurde doch jede einzelne nur nach irgend einem dabey characteriſtiſchen Merkmale benannt [8]). So gab es 5 verſchiedene legis actiones, denn man konnte lege agere sacramento (sacramenti actio), per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem [9]). Darunter iſt nur der lezteren die Qualität der legis actio von Manchen ſtreitig gemacht worden, weil zwar dabey das Handeln mit certa verba vorkam, aber weil das nicht vor der Obrigkeit, und nicht einmal immer, wie doch ſonſt Grundſaz, in Gegenwart des Gegners geſchah [10]). Daß auch abgeſehen von dieſer pignoris capio jene Anord-

4) S. Bd. 1, §. 116 a. Anf. 5) L. 2 §. 6 D. de O. J.

6) Dirkſen, XII Taf. S. 102 fg., S. 118, S. 702.

7) Gaj. IV, 11.

8) Hollweg in Ztſchr. f. g. Rw. Bd. 5, S. 374, Not. 33). Daß das überhaupt eine Eigenthümlichkeit des röm. Sprachgebrauchs, bemerkt richtig Keller üb. Litiscont. S. 10.

9) Gaj. IV, 12. 10) Gaj. IV, 29. S. unt. §. 49.

nung der Zeitfolge gemäß sey [11]), darf man nicht annehmen, weil die condictio erst nach den 12 Tafeln und offenbar als die jüngste legis actio entstanden ist, die manus injectio aber den 12 Tafeln selbst schon bekannt war [12]). Vielmehr beruht die Anordnung zunächst auf inneren Gründen; denn die sacramenti actio steht an der Spitze als die allgemeinste und regelmäßige legis actio, durch welche nämlich alle Rechtsansprüche geltend gemacht wurden, für welche kein anderes Verfahren eingeführt worden, zu welcher sich also die anderen wie zur ordentlichen Prozeßart die außerordentlichen verhalten [13]). Als solche folgen nun die übrigen, die condictio nach der judicis postulatio allerdings darum, weil diese älter, und schon in den 12 Tafeln gegründet war (§. 42), die manus injectio aber steht deswegen später, weil sie zunächst nur eine Art der Execution, d. h. eine Form zur Realisirung bereits anerkannter, nicht mehr erst zu erstreitender Rechte war, und auch die allerdings schon ihrer besonderen Natur wegen ans Ende zu stellende pignoris capio war nur schnelle Geltendmachung liquider Ansprüche. Es ist also ohngefähr so, wie wenn bey uns der Executiv-, der Mandatsprozeß u. s. w. erst hinter den regelmäßigen Prozeßarten abgehandelt wird.

§. 33.

Legis actiones und formulae.

Die legis actio soll der Untersuchung über die Wahrheit der Behauptungen nur Character und Richtung geben [1]), gerade so wie nachher die technisch so benannten formulae nur ein judicium vorbereiteten. In keiner Schilderung des Verfahrens bey der legis actio ist dieses nachher s. g. judicium mitbegriffen, sowie insbesondere dann, wenn

11) So Hugo S. 271.
12) Gaj. IV, 19 u. 20. IV, 21.
13) Gaj. IV, 13. Vgl. IV, 21 init.
1) Keller, S. 3.

Digitized by Google

die Sachen vor die Centumvirn gekommen, alſo bis zur materiellen Beurtheilung gediehen waren, die legis actio (als ein abgeſondertes, einleitendes Verfahren) vorangegangen (§. 35 fg.). Es iſt alſo von der legis actio, die in jure vorging (§. 32), das judicium ebenſo verſchieden, als nachher von dem mit der concipirten formula beendigten Verfahren in jure. Von dieſem ſelbſt aber war das lege agere darin unterſchieden [2]), daß nur bey der legis actio ſymboliſche Handlungen vorkommen, beſonders aber durch den Character der Formeln ſelbſt. Bey der legis actio waren es mündliche, von den Parteyen zum Magiſtrate geſprochene Formeln [3]), und die Inſtruction eines Richters war wenigſtens nicht immer weſentlich. Die formulae im techniſchen S. aber wurden, freylich auf den Grund der Parteyvorträge, vom Magiſtrate ſelbſt und ſchriftlich aufgeſezt (concepta verba), für den dadurch zu inſtruirenden judex. Die Anträge der Parteyen an den Magiſtrat konnten daneben wohl ebenfalls formell, mußten es aber ſchwerlich, und auf keinen Fall bey allen Klagen, und höchſtens in der erſten Zeit ſeyn. Als die älteſten dem römiſchen Civilrechte ausſchließlich angehörenden Klagformen konnten die legis actiones nur zwiſchen cives gebraucht werden. Durch eine lex Aebutia (§. 35) und dann noch durch zwey Juliae leges [4]) ſollen erſt die formulae an die Stelle getreten ſeyn. Allein da der Verkehr der Römer mit Fremden offenbar viel älter iſt, ſo drängt ſich die Frage auf: wie wurde hier bey Rechtsſtreitigkeiten verfahren? [5]) Da uns nun die Recuperatoren als Vermitt-

---

2) Dü Roi's Abh. im Archiv f. civ. Pr. Bd. 6 nr. 14 liegen über das Verhältniß der legis actiones zu den formulis weſentliche Irrthümer zu Grunde, ſ. beſ. S. 259, Not. 26 u. dageg. Keller S. 3—5.

3) Der Ausdruck forma dafür (wenigſtens im Formularprozeß mit formula ſynonym) bey Gaj. p. 196 l. 23.

4) Bd. 1, §. 36. *Heffter* ad Gaj. obs. VIII.

5) *Huschke* l. c. p. 216—220. Stahl a. a. O. S. 31.

ler ſolcher Streitigkeiten bekannt geworden ſind (§. 17), ſo dürfen wir annehmen, daß die recuperatoria judicia, in welchen, ſoweit wir ſie zurückverfolgen können, durchaus mittelſt der vorhin characteriſirten formulae verfahren wurde, lange neben den legis actiones beſtanden, bevor ſie, und alſo durch Vermittlung jener Volksſchlüſſe, dieſelben auch unter den cives ſelbſt verdrängten. Gewiß hat ſchon die lex Aebutia eine Reihe ausgebildeter formulae vorgefunden, welche nun auch von den cives gern gegen die Vortheile dieſes Verfahrens und gegen die Strenge und Unbequemlichkeit ihres bisherigen Prozeſſes [6]) eingetauſcht worden ſeyn mochten. Erſt dadurch wird die ſchon vor und zu Cicero's Zeit vorhandene große Menge der nicht civilen Klagen und entſprechenden Formeln begreiflich, die ja grade keiner lex ihre Entſtehung verdanken, ſondern auf der Competenz der jurisdicirenden Magiſtrate beruhen, imperio magistratus continentur (§. 34).

§. 34.

Legitima und imperio continentia judicia*).

Erſt durch Gajus lernen wir den rubricirten Gegenſaz kennen, obwohl er da nur als ein und zwar noch zu ſeiner Zeit vorhandener geſchildert wird [1]), nicht aber nach dem ihm zum Grunde liegenden Princip. Daß ein Gegenſaz, wie dieſer aus ſehr alten Verhältniſſen erklärt werden müſſe, ergibt ſich von ſelbſt. Aber von den legis actiones ſind die legitima judicia durchaus unterſchieden worden [2]), es wird vielmehr bey dieſen ſo gut, wie bey den imperio continentia per formulam prozeſſirt. Allein bey den leztern iſt nach be-

---

6) Gaj. IV, 11.

*) *Dupont*, p. 145—153. (Unabhängig von einander:) Stahl S. 16 fgg. *Huschke* p. 250 sq. *Heffter* obs. XX. Keller S. 111 fgg.

1) Gaj. IV, 103. III, 181 vgl. mit IV, 108.

2) Gaj. I, 184 auch IV, 107. Ulp. XI, 24, 27.

kannter Analogie des Sprachgebrauchs an das jus honorarium, bey jenen an die dem alten Civilrecht angehörigen actiones zu denken, und in sofern kömmt der Gegensaz auch bey Cicero vor, welcher die „judicia legitima“ von den „arbitria honoraria“ unterscheidet [3]). Nun aber beschreibt Gajus die legitima judicia als solche, die auf Rom und seine Umgebung bis zum ersten Meilensteine beschränkt waren, nur vor Einem judex vorkamen und welcher, sowie beyde Parteyen, cives seyn mußte. Die judicia außerhalb Roms und die recuperatoria, sowie wenn Kläger, Beklagter oder Richter Peregrinen waren, beruhten nur auf dem imperium magistratus [4]). Die legitima judicia erinnern also an die älteste Gestalt der noch auf das engste Stadtgebiet beschränkten judicia, und können mithin nur solche gewesen seyn, durch welche die vorher mittelst legis actio verfolgten Ansprüche geltend gemacht wurden, im Gegensatze der erst durch die Competenz der Magistrate begründeten. Dadurch bestätigt sich die Ansicht, daß die recuperatoria judicia zunächst nicht für die cives und durch das Civilrecht i. e. S. entstanden

3) Cic. pro Rosc. C. c. 5. Or. partitt. c. 12. Hefftter (ad Gaj. p. 19 sq.) findet bey Cicero eine Unterscheidung der „sine lege“ und „legitima judicia,“ diese ex legibus entsprungen, jene erst nach der lex Aebutia aus dem jus gentium u. der interpretatio. Ganz ein anderer sey der Unterschied der legitima u. imperio continentia bey Gajus, welcher erst aus der l. Julia entsprungen, da Cicero's sine lege judicia auch in Rom u. bey Einem judex vorgekommen. — Zu dieser Ansicht hat Cic. de off. III, 15 die Veranlassung gegeben, wonach der dolus theils „legibus erat vindicatus,“ z. B. lege XII tab., lege Plaetoria, theils „sine lege, judiciis, in quibus additur: ex fide bona,“ d. h. theils auch ohne Gesez, nämlich in allen bonae fidei judiciis. Mag man aber auch das Comma nach sine lege weglassen, so dürfen doch immer keine sine lege judicia herausgelesen werden. Vielmehr sind diese b. f. judicia oder nach c. 17 ibid. arbitria unbedenklich ebenfalls legitima judicia im Unterschiede der honoraria judicia oder arbitria, s. §. 60. Wenigstens sagt Cicero nicht das Gegentheil.

4) Gaj. IV, 104. 105. 109.

Digitized by Google

sind. Obwohl nun diese judicia nach und nach auch nach Rom, die vor dem unus judex in die Provinzen gedrungen sind, und die Civität überall nicht mehr nothwendige Bedingung eines nach Grundsätzen des Civilrechts zu behandelnden Judiciums geblieben ist [5]; so konnte doch diese Ausdehnung der civilen Grundsätze von den Magistraten nur durch Fiction, nur der Wirkung nach, nur so bewerkstelligt werden, wie überhaupt der Prätor bey Ausdehnung civiler Rechtsverhältnisse zu Werke ging. Darum konnte directe Zerstörung des Klagrechts nicht durch imp. cont. judicia bewirkt werden, aber mit Hülfe der Exception trat dasselbe ein [6], ebenso konnte nur in legitimis judiciis die adjudicatio römisches Eigenthum geben, allein in den andern gab sie prätorisches [7]. Die Möglichkeit aber (potest), daß ein „ex lege judicium" doch nicht legitimum sey, sondern imperio contineri, z. B. ex lege Aquilia, und umgekehrt, daß „ex ea causa, ex qua nobis ex edicto Praetoris datur actio" (d. h. formula), ein legitimum judicium begründet werde [8], beruht wohl darauf, daß auch eine lege gegebene actio Peregrinen oder gegen sie durch Fiction, also insofern imperio magistratus, ertheilt wird, wie z. B. gerade die ex lege Aquilia [9], sowie daß auch civilrechtlich begründeten uralten Klagrechten eine erst vom Prätor aufgestellte formula zu Theil wird, wie ex causa furti allerdings ex edicto Praetoris eine Klage gegeben wird, die aber

5) Z. B. Cic. Verr. II, 13.

6) Gaj. III, 181; IV, 106, 107.

7) Vat. fr. §. 47 vgl. mit L. 44 §. 1 D. fam. erc. (10, 2). *Huschke* p. 252, Keller S. 115, Not. 6).

8) Gaj. IV, 109. Allerdings ist es richtig, wenn deshalb Keller S. 112, Not. 1) jene formelle Eintheilung der judicia von der materiellen der actiones in civile und prätorische unterscheidet. Aber es ist damit immer nicht die Frage beantwortet, wie eine blos prätorische Klage ein streng civiles Judicium begründen konnte?

9) Gaj. IV, 37 fin.

Digitized by Google

dennoch *juris civilis* intentio hat[10]), indem sie ihrer Grundlage nach auf den 12 Tafeln beruht. Eine lex Julia judiciaria kann auf jenen ganzen Gegensaz höchstens nur noch einen untergeordneten Einfluß gehabt haben, obwohl sie eine Bestimmung über die Dauer der legitima judicia gemacht hat. Die imp. cont. judicia dauerten nämlich nie länger, als das imperium des Magistrats, welcher das judicium angeordnet hat, die unbeschränkten legitima judicia aber sollten nach der lex Julia nur 1½ Jahre dauern dürfen (s. §. 128). Auch bey Ulpian ist noch von legitima judicia die Rede[11]), und der Gegensaz hat gewiß solange bestanden, als der Formularprozeß selbst.

§. 35.

Die legis actiones seit der lex Aebutia *).

Schon die lex Aebutia hat die legis actiones, außer insofern dadurch eine Sache für das Centumviralgericht instruirt werden sollte, wenn nicht ganz, doch großentheils aufgehoben[1]). Den leges Juliae mögen mehr nähere Bestimmun-

---

10) Gaj. IV, 45 f. vgl. mit IV. 37. Vgl. L. 27 D. de R. J.

11) S. Not. 2).

*) S. Bd. 1, §. 31. *Heffter* obs. VII. *Hübbe* de exc. rei judic. §. 3.

1) Das ergibt sich aus Gell. XVI, 10, wonach „omnis illa XII tabularum antiquitas, *nisi in legis actionibus centumviralium causarum*, lege Aebutia lata, consopita," vgl. mit Gaj. IV, 30, 31. — Ueber die Zeit dieses Gesetzes läßt sich mit Gewißheit mehr nicht sagen, als daß es der Ciceros vorangegangen seyn muß; denn hier finden sich schon die verschiedenartigsten formulae, auch namentlich für legitima judicia, also nicht etwa blos die, welche schon vor der lex Aebutia vorhanden gewesen seyn mochten. Heffter (l. c. p. 22 sq.) sezt sie in den Anfang des siebenten Jahrhunderts, weil die im J. 605 rogirte lex Calpurnia eine sacramenti actio für peregrini u. socii eingeführt habe, Fragm. leg. Servil. ed. Klenze, c. 8 l. 23 mit c. 22 l. 73, was doch nach der l. Aebutia nicht mehr wahrscheinlich sey. Warum nicht? wenn wir nur voraussetzen, daß dadurch eine causa Centumviralis entstanden.

gen über den Formularprozeß als aufhebende hinsichtlich der alten Prozeßart angehört haben. Doch mag wenigstens nicht nur die legis actio durch manus injectio, sondern auch die durch pignoris capio, bis zu den leges Juliae fortbestanden haben [2]). Gajus [3]) spricht nur noch von zweyerley Gründen, aus welchen, selbst zu seiner Zeit, legis actio vorkommen konnte, im Prozesse wegen cautio damni infecti [4]) und zur Einleitung des centumvirale judicium; doch ziehe man in jenem Falle den im prätorischen Edicte eröffneten Weg als bequemer und genügender vor. Die das centumvirale judicium vorbereitende legis actio war aber die durch sacramentum [5]), mit eben dieser legis actio wurde vindicirt, und gerade die nur den legis actiones eigenthümlichen vindiciae (§. 40) kommen zu dieser Zeit noch als practisch vor [6]). So

---

Aber ob, was in der l. Servilia sacramento agi genannt wird, unser privatum judicium sey, ist nichts weniger als gewiß. Auf jeden Fall war es ein mit dem publicum judicium in Verbindung stehendes Civilverfahren, Dirksen Beyträge S. 207 fg., woraus für den reinen Civilprozeß nichts gefolgert werden kann, u. ferner läßt sich nachweisen, daß Recuperatoren judicirten, also nicht an die legis actio zu denken ist, s. §. 37, Not. 10). Auch daß die peregrin. Prätur der l. Aebutia vorangegangen seyn müsse, folgt aus Gaj. IV, 31 keineswegs. Denn 1. hat die l. Aebutia die Centumviralia judicia nicht geschaffen, sondern vorgefunden, 2. kann es seyn, daß erst späterhin, etwa erst durch eine l. Julia der peregrinische Prätor mit den Centumvirn in Verbindung getreten, etwa zur Vermittlung der auch den Peregrinen, vielleicht durch Fiction, gestatteten Verhandlung ihrer Ansprüche bey den Centumvirn.

2) S. unt. §. 48 a. E. — *Heffter* p. 18 sq., p. 25 sqq. *Hübbe* p. 19—21.

3) Gaj. IV, 31.

4) Die Lücke bey Gaj. l. c. zu ergänzen sucht Hefftter. Daß auch hier *sacramento* lege agirt worden, ist eine aus der Stelle selbst nicht nachweisbare Behauptung bey *Hübbe* p. 13, p. 17 f.

5) Gaj. IV, 95, 31. Cic. de or. I, 38. Val. Max. VII, 7 nr. 2. S. §. 38 fgg.

6) Gell. XX, 10.

Digitized by Google

war es also die sacramenti actio, welche sich am längsten erhalten hat, wie lange nach Gajus, wissen wir nicht, länger freylich nicht als das Centumviralgericht selbst, s. §. 16.

§. 36.

Die causae centumvirales *).

Vor das Centumviralgericht konnten schon von Anfang an nur solche Gegenstände kommen, welche mittelst der sacramenti actio eingeklagt wurden [1]), denn bey judicis postulatio und condictio waren bestellte judices thätig, und wo mittelst manus injectio oder pignoris capio verfahren wurde, da galt es im Grunde schon der Vollziehung, und nicht erst einer ausführlichen Verhandlung vor einem Gerichte wie das der Centumvirn. Durch eine formula i. e. S. [2]), überhaupt durch eine bestimmte Instruction wurden die Centumvirn nie gebunden, weil sich das mit der den Centumvirn überlassenen freyen rechtlichen Beurtheilung nicht vertragen würde [3]). Allein da freylich daraus, daß das centumvirale judicium sacramento eingeleitet wurde, nicht das Umgekehrte folgt, daß jede sacramenti actio zu einem solchen judicium führte, so entsteht nun die Frage: wann war das der Fall? Daß nur Civilsachen vors Centumviralgericht gebracht wurden, war schon §. 14 bemerkt worden, sowie daß die Ge-

---

*) *Noordkerk* de lege Petronia c. 2, §. 18, p. 64—69. *Zepernik* ad Siccama p. 230—277. — Bethmann-Hollweg üb. die Competenz des Centumviralgerichts, in Ztschr. Bd. 5, nr. XI. — Hugo Rg. S. 624 fg., Note *). — *Heffter* ad Gaj. p. 32 sqq. — *Tigerström* p. 211 sqq.

1) *Heffter* ad Gaj. p. 6. 2) Gaj. IV, 95.

3) Cic. de orat. I, 38, 56. Quinct. I. O. IV, 2 §. 5. Hollweg S. 363, Not. 11). Aus diesen Stellen folgt aber nicht, daß die Centumvirn nur mit Rechtsfragen beschäftigt gewesen wären. Daß sie auch das Factum beurtheilen mußten, darüber s. oben §. 16, not. 8), so wie umgekehrt auch dem Privatrichter rechtliche Erwägung oblag, s. §. 130. Daß Senec. de benef. II, 7 nicht hierher gehört, dar. s. §. 9 Not. 10), u. *Zepern.* not. a) ad Sicc. II, 4.

Digitized by Google

richtsbarkeit nur zu Rom und für cives (wegen der legis actio) begründet war, wiewohl daraus nicht folgt, daß sich seine Competenz nicht auch auf die Provinzen und auf Peregrinen ausgedehnt haben könnte. So viel nun scheint gewiß, daß eine sacramento eingeleitete Sache erst seit einer lex Pinaria vor den (unus) judex gekommen [4]); aber 1. ist sie darum vorher gerade vor die Centumvirn gebracht, und nicht vielmehr vom Magistrate selbst beurtheilt worden? [5]) und 2. in welchen Fällen soll nun in Folge der lex Pinaria der judex eintreten, in welchen das Alte bleiben? — Da auch die persönlichen auf ein dare gerichteten Klagen bis zur Entstehung der jüngsten legis actio, nämlich der per condictionem, zum Theile sacramento geltend gemacht wurden, s. §. 38, so ist wenigstens möglich, daß auch solche Ansprüche vor die Centumvirn kommen konnten [6]). Vielleicht hat die lex Pinaria gerade diese Aenderung gemacht, und die Klagen auf ein dare oportere vor den unus judex gewiesen [7]), und diese lex ist den leges vorangegangen, welche die legis actio per condictionem selbst eingeführt haben, wobey ebenfalls nur vor dem judex in vereinfachterer [8]) Form verfahren worden,

4) Man mag nun bey Gaj. IV, 15, p. 193 l. 3 mit *van Hasselt* de legis actionib. p. 51 und *Hübbe* de exc. rei judic. p. 4 lesen „*nunquam*", oder wohl richtiger mit Hefftter „*nondum*" (ante eam legem nondum dabatur judex).

5) S. auch Unterholzner in Tüb. kr. Ztschr. IV, S. 206 fg.

6) Hefftters (p. 32 sqq.) Argument, daß auch jura nexorum, folglich obligatorische Verhältnisse, vor die Centumvirn kamen, scheint nicht treffend zu seyn, da nexum u. mancipium auch Eigenthum gab, u. namentlich keine Klage aufs *dare* begründete.

7) Wenigstens hat Gajus IV, 15 von den persönlichen Klagen gesprochen, weil er erst mit den Worten: si in rem agebatur, §. 16, auf den Gegensaz kömmt; u. diese Erörterung über die dinglichen Klagen schließt mit Hinweisung auf die centumv. judicia, von welchen auch vor §. 15, nämlich auf p. 192 schon die Rede gewesen seyn mochte.

8) Eben darum aber kann man nicht mit *Hübbe* p. 8 glauben, die Pinaria sey jünger als jene leges.

Digitized by Google

vgl. §. 44. Sollten mithin auch alle zu uns gekommenen Zeugniſſe nur darauf hinweiſen, daß Vindicationen causae centumvirales waren[9]), ſo dient das, auch wenn es nicht gerade zufällig ſo ſeyn mag, doch nicht zum Beweiſe, daß es ſchon anfangs ſo geweſen[10]). Aber auch für die nachherige Zeit dürfen wenigſtens nicht die Prozeſſe über die Freyheit durchaus von den Centumviralſachen ausgeſchloſſen werden[11]). Ohnehin ſind die causae liberales Vindicationen geweſen, aber auch nicht der Streit um die Civität, der keine vindicatio war, darf dem Centumviralgerichte abgeſprochen werden. Freylich dafür, aber auch dagegen ſpricht kein directes Zeugniß, allein wenigſtens haben die Decemvirn zur Zeit der Republik hierüber erkannt[12]). Daß eine und dieſelbe Sache und zwar nicht etwa nach Verſchiedenheit der Zeiten vor einzelne judices oder vor die Centumvirn kommen konnte[13]), das iſt für die urſprüngliche

---

9) Deswegen und wegen der auf Vindicationen beſchränkt gebliebenen legis actio per sacramentum, u. wegen des Symbols der hasta (ſ. §. 15 a. E.), nimmt Hollweg an, daß nur in rem actiones vor die Centumvirn gekommen, und ſucht danach Cic. de or. I, 38 zu erklären, wo beyſpielsweiſe eine große Anzahl von causae centumvirales genannt wird.

10) Auch das *dare*, als die Uebertragung des Eigenthums, könnte durch das Symbol der hasta dargeſtellt worden ſeyn.

11) So Hollw. S. 323. Das vindicare in libertatem kam zwar vor Recuperatoren, ſ. §. 37, Note 14), aber die vindicatio in servitutem muß vor die Centumvirn gekommen ſeyn, *Huschke* Anal. p. 231. S. §. 15, Not. 13). Das bloße praejudicium (§. 69) freylich war wohl gewiß nicht vor die Centumvirn gekommen, wenn auch vielleicht vor die Decemvirn.

12) S. §. 14, Not. 18). Freylich haben die Decemvirn erſt durch Auguſt Antheil an der Leitung des Centumviralgerichts erhalten, aber dieſe nunmehr auch formelle Verbindung ſpricht ſogar dafür, daß vorher ſchon eine gemeinſame Beziehung der Einen u. anderen Gerichtsbarkeit Statt gehabt habe, ſ. §. 14 bey Not. 23).

13) Quinct. I. O. V, 10 nr. 115. Cic. or. c. 21 vgl. mit de or. I. 38. Cic. in Verr. I. 45. Gaj. IV, 31 u. 95. Daher die ál-

Digitized by Google

Zeit wiederum unerwiesen, und vielleicht erst dann der Fall gewesen, als neben den legis actiones auch die formulae aufgekommen, wo denn gewiß freye Wahl galt [14]). Daß aber gerade über Anerkennung des römischen oder etwa in der ersten Zeit auch über die Klagen auf Bestellung des römischen Eigenthums, und über die Bedingung alles civilen Rechts, die Civität, ein so ausgezeichnetes Gericht erkennen mußte, oder auf Verlangen konnte, das hängt mit seiner plebejischen Entstehung insofern aufs Genauste zusammen, als gerade den Plebejern hin und wieder die Civität streitig gemacht werden mochte, so wie auch ferner das quiritarische Eigenthum die Bedingung ihrer Theilnahme an der Nationalversammlung war [15]). Diese Bedeutung hat nun freylich späterhin das Centumviralgericht verloren, und so mag denn auch endlich zwischen der vor die Centumvirn zu bringenden legis actio und der vindicatio durch formula freye Wahl geblieben seyn. Erbschaftsstreitigkeiten sind aber am gewöhnlichsten vor die Centumvirn gebracht worden [16]), die namentlich für die inofficiosi querela die ausschließlichen Richter geworden sind [17]). Lediglich ihren Entscheidungen

---

tere Meinung, daß es auf die Art der Klage gar nicht ankomme, u. daß diejenigen Sachen vor die Centumvirn gekommen, bey welchen blos eine Rechtsfrage zu entscheiden gewesen, s. ob. Note 3). Das Leztere vertheidigt Zepernik, u. jezt auch wieder *Tigerström* p. 212—221. S. Hollw. S. 364—366.

14) Arg. Cic. in Verr. I. 45: „lege ageret in hereditatem, *aut*" rel. Gaj. IV, 31. S. Hollweg, S. 382 fg.

15) S. auch Hollw. S. 376—378.

16) L. ult. init. C. de her. pet. (3, 31). — Cic. de lege agr. I, 17. Brut. c. 53. Dial. de or. 38. Qu. I. O. III. 10 nr. 3. Paul. V. 16 §. 2. Streit über den Vorzug in der Intestat-Erbfolge: Cic. de or. I, 39. Qu. I. O. IV. 2 nr. 5, über Gültigkeit der Testamente: Cic. de or. I, 39 init. u. fin. I, 57. Val. Max. VII. 7 §. 1. L. 30 D. de liberat. leg. (34, 3), das Curianum judicium über Substitution: Cic. de or. I, 39. pro Caec. c. 18, 24. Brut. 53. — *N. A. Meyners* de centumv. judicio hereditatis, Lugd. Bat. 1778.

verdankt das ganze Rechtsmittel seine Entstehung, und so hat auch in der Folge kein Prätor eine formula proponirt für eine Art von Streitigkeit, die am zweckmäßigsten der freyen Erwägung eines Gerichts, wie das der Centumvirn, anheim gegeben blieb, und durch deren Präjudicien erst bestimmte Normen für dieses Rechtsmittel entstanden sind [18]), die hernach auch nach dem wohl ziemlich gleichzeitigen Untergange der centumviralia und ordinaria judicia den Magistraten zur Richtschnur dienten. Ob außerdem unter den Kaisern etwa die Größe des Objectes und Wichtigkeit des Gegenstandes über die vor die Centumvirn zu bringenden Vindicationen entschieden hat, ob jezt in Folge Augustischer Verordnung gewisse z. B. alle Erbschaftssachen vor die Centumvirn gebracht werden mußten [19]), das Alles läßt sich wenigstens nicht beweisen.

§. 37.

Die causae recuperatoriae *).

So wie die Frage: welche causae waren centumvirales? so muß nun auch noch die erörtert werden, in welchen Fällen Recuperatoren ernannt worden sind, seitdem einmal auch ein solches Judicium im römischen Staate Eingang gefunden. Denn im Uebrigen war der unus judex thätig, soweit die Sache nicht lediglich bey dem Magistrate beendigt wurde (§. 75 ff.). Was nun diesen zur Bestellung von Recuperatoren statt eines judex bewogen, das war zunächst

---

17) L. 13, L. 17 pr. D. de inoff. (5, 2). L. 4 med. C. eod. (6, 28). Die Ueberschriften von L. 7. 28. 31 D. eod. Val. Max. VIII, 7 §. 2. VII, 8 §. 1, 4. Plin. epp. V, 1. VI, 33. Qu. I. O. VII, 4 nr. 11 u. 20. Oben §. 15, Not. 8).

18) Der Centumviralia praejudicia für quer. inoff. gedenkt Qu. I. O. V. 2 §. 1.

19) S. Gaj. IV, 95 mit IV, 14. Plin. epp. II. 14. Hollweg S. 384 fgg.

*) *Heffter* ad Gaj. p. 101. Stahl S. 16 fgg. *Huschke* p. 221 sqq. (Vgl. ob. §. 17).

Digitized by Google

das öffentliche oder besondere Interesse an schleuniger Beendigung der Sache[1]). Aus dieser Rücksicht hat der Prätor in vielen Edicten zum Voraus gerade Recuperatoren zu ernennen versprochen, wie bey injuriarum actio[2]), freylich nicht bey allen[3]), sondern gewiß bey den schwereren Injurien[4]), bey der vi bon. rapt. actio[5]), bey dem interd. unde vi hominib. armat.[6]). Ueberhaupt ist es bey Interdicten oft zum Verfahren vor Recuperatoren gekommen, s. §. 71. Blos vor Recuperatoren wurde auch die Klage des Patrons gegen den libertus, der ihn unbefugter Weise in jus vocirt hatte[7]), und wurden gewiß auch viele andere zum Schutz der in jus vocatio angeordneten poenalia judicia verhandelt[8]), so wie das wegen verweigerten Vadimoniums[9]). Ferner der Privatanspruch de pecuniis repetundis ist sowohl in der älteren Zeit, da noch ausschließlich oder neben dem publicum ein abgesondertes privatum judicium darüber eröffnet wurde, von Recuperatoren beurtheilt worden[10]), als auch später-

---

1) S. §. 17, Not. 6), vgl. mit Cic. Divin. c. 17. Gaj. IV. 185.

2) Gell. XX, 1 „....injuriis aestimandis recuperatores se daturos edixerunt." Cic. Rhet. II, 20, wo bey einer schweren Verletzung als Grund angegeben wird: „ejusmodi sunt injuriae, ut de his indignum sit non *primo quoque tempore judicari*."

3) Auct. ad Her. II, 13. Gaj. III, 224. (Paul. V. 4 §. 7. Coll. II, 2. L. 5 §. ult. D. de injur. (47, 10).

4) S. Note 2) u. *Huschke* p. 223 sq.

5) Cic. orat. pro Tullio. 6) Cic. pro Caec. c. 8.

7) Gaj IV, 46. 8) S. §. 111 u. *Huschke* p. 225.

9) Gaj. IV, 185. Lex Gall. Cisalp. c. 21 fin.

10) Liv. XLIII. 2. Fragm. leg. mulctatitiae (bey Marini, jezt ed. v. Dirksen in Beyträge S. 216 fg.) l. 18, 22. Ueber die Anwendung des bey den privatis judiciis vorkommenden Verfahrens auf publica judicia zur Ausmittelung des Betrags der litis aestimatio handelt Dirksen a. a. O. nr. III. Er meint, es sey zunächst die legis actio u. zwar durch sacramentum, dann auch das recuperatorium judicium als bequemer zur Anwendung gekommen, und zulezt blos das Leztere (S. 211). Allein die legis actio bezieht sich aufs Verfahren in jure, das *judicium* recupera-

hin unter den Kaisern [11]). Aehnliches ist in Folge mancher leges der Fall gewesen [12]), wo offenbar immer der peregrinische Anspruch, oder sonst das öffentliche Interesse der Grund ist, warum man ein schleunigeres Verfahren eintreten ließ. So wurden auch Privatansprüche des Staates selbst (es seyen sacrae oder fiscales causae) vor Recuperatoren verhandelt [13]), und billigerweise die Vindication der Freyheit oder Ingenuität [14]), obwohl allerdings die umgekehrte Assertion umständlicher verhandelt wurde [15]). Von Verres freylich mag öfters nur, um auf das judicium einen unbefugten Einfluß auszuüben, ein recuperatorium angeordnet worden seyn, obwohl es allerdings der Sache angemessen scheint, wenn er bey den Streitigkeiten zwischen den Aratoren und Decumanen auf Verlangen der einen oder andern Partey Recuperatoren geben zu wollen edicirte [16]), weil beyden an schneller Beendigung gelegen seyn mochte. Ueberhaupt wa-

---

torium kann also nicht an ihre Stelle treten. Es ist vielmehr unerwiesen, daß der Ausdruck „lege actio esto" (lex mulctat. cit. l. 10) u. das sacramento agere in der l. Servilia von unsrem gewöhnlichen sacramento lege agere zu verstehn ist, s. ob. §. 35, Not. 1, obwohl auch *Klenze* ad leg. Serv. p. XI sq. der Meinung ist. S. auch *Huschke* p. 226.

11) Tacit. Ann. I. 74.

12) Fr. leg. jud. aus Marini bey Dirksen S. 218, l. 7, 8.

13) Lactant. Inst. III. 20 u. lex Mamilia c. 5 bey Goes. p. 340. Suet. Nero, c. 17. — *Huschke* p. 228 sq.

14) Plaut. Rudens V. 1 v. 3 sq. — Suet. Domit. c. 8: „Recuperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit," d. h. der Kaiser ermahnt die Recuperatoren, sich nicht durch die Chicanen der Assertoren zu ungerechten Erkenntnissen verleiten zu lassen, also insbesondere nicht aus falscher Weichlichkeit die Herren ihrer Sclaven zu berauben u. den Staat mit unwürdigen Bürgern zu vermehren. Vgl. *Ernesti* ad Suet. Exc. 32, ed. 2. p. 42—44. — Suet. Vesp. c. 3.

15) S. §. 36, Not. 11), u. §. 66.

16) Cic. Verr. III. 14. S. überh. III, 10—13, 21, 22, 23, 28, 46, 49, 68.

Digitized by Google

ren recuperatoria judicia in den Provinzen häufiger [17]), weil das imperium des Vorstehers ausgedehnter und auch schon darum Beschleunigung nothwendig war, weil mit seinem Imperium das ganze Judicium unterging, s. §. 34. a. E. Keineswegs ist es aber bey dem ursprünglichen Verhältnisse, wonach die Prozesse mit Peregrinen durch Recuperatoren geschlichtet wurden, geblieben, sondern es werden späterhin im Allgemeinen, namentlich für Rom und auch Sicilien, judices als Schlichter solcher Streitigkeiten genannt [18]). Wo es ferner nur darauf ankam, ein einzelnes Factum auszumitteln, da mögen immerhin, und schon sehr frühe, Recuperatoren ernannt worden seyn [19]). Die Beurtheilung hing offenbar vom Magistrat ab, so daß hin und wieder in Volksschlüssen ohne Weiteres judicis und recuperatorum datio eingeräumt [20]), oder von den Parteyen ihr Antrag alternativ gestellt wurde [21]). Die Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache [22]), ob in Rom und in Folge einer alten civilen Klage das judicium eröffnet wurde, konnte zur Ernennung eines judex, das Umgekehrte, und besonders die Einfachheit des Factums, die Dringlichkeit und Gerechtigkeit des Anspruchs, zur Bestellung von Recuperatoren bestimmen [23]).

17) Ein anderer Grund läßt sich nicht für das bey Cic. pro Flacco c. 20 erwähnte recuperator. judicium auffinden, obwohl es in der Ordnung war, dieselben Recuperatoren, welche gezwungen judicirt haben sollten, nachher aufs Neue zu bestellen, s. c. 21. Vgl. *Huschke* p. 232 sq.

18) Gaj. IV, 37, 105. Cic. Verr. II, 13. pro Flacco, 21. Hingegen läßt Plaut. Bacchid. II. 3 v. 36 sqq. Recuperatoren als Richter in einem von einem Athenienser zu Ephesus anhängig gemachten Prozesse auftreten.

19) Vgl. das freylich nicht eigentliche judicium über die Zutheilung der corona muralis bey Liv. XXVI, 48. Zu weit scheint Stahl S. 17 fgg. zu gehn, wenn er hierin den Grundgedanken für alle recuperatoria judicia findet.

20) Fr. leg. Thoriae, sect. 1. v. 29. 34. sect. 2. v. 22. 26.

21) Cic. Verr. III, 58 f. 22) Cic. Verr. III, 60.

23) *Huschke* p. 235 sq.

Digitized by Google

Zweyte Abtheilung.
Die Klagarten im Einzelnen.

Erster Titel.
Die legis actiones.

§. 38.
Sacramenti actio *).

Die allgemeinste Form des gerichtlichen Verfahrens in der ältesten Zeit (s. §. 32.) hat ihren Namen vom sacramentum, einem Succumbenzgelde. Es mußten nämlich Kläger und Beklagte bey dieser legis actio eine gleich große Summe Geldes anfangs bey den pontifices baar hinterlegen [1], in der Folge [2] durch Bürgen (praedes) bey dem Prätor versichern lassen. Der unterliegende Theil büßt die Summe ein, und zwar zu Gunsten des Staates [3]. Sie

---

*) *Pet. Pithoei* lib. I. adversarior. subsecivor. c. 18, in opp. p. 394—398 *Jo. Fr. Schreiter* Diss. 1 u. 2. Sacramentorum in veteris Romae judiciis solemnium antiquitates, Lips. 1740, 4. — Hugo Rg. S. 273—276. *Van Hasselt* de legis actionib. p. 13 sqq., p. 142—153. *Heffter* ad Gaj. Obs. II. Ferner die Literatur in den folgg. §§.

1) Varro de L.L. V, 36 (p. 29 ed. Goth, p. 49 ed. Bip.), wo es zwar „*ad pontem deponebant*" heißt, auch bey Spengel (ed. Berol. 1826, p. 179). Aber man hat schon frühe *ad pontificem*, s. die Note in ed. cit., u. dann auch *apud pontifices* zu lesen vorgeschlagen. Vgl. *v. Hasselt* p. 15, not. 3). *A. G. de Schröter* observv. p. 26, not. 36). S. überh. *Schreiter* Diss. 2 §. 19.

2) *Heffter* ad Gaj. IV, 13, p. VII vermuthet, durch Bestimmung der lex Pinaria. Indessen konnte die Veränderung recht gut ohne Gesez bewirkt worden seyn. — Bey dem Prozeß der Virginia spricht wenigstens Livius (III. 46) von sponsores, die vielleicht zuerst bey der causa liberalis statt der baaren Deposition zugelassen wurden.

3) Gaj. IV, 16 fin. „in publicum cedebat."

Digitized by Google

wurde nämlich, wenigstens in der älteren Zeit, für den Gottesdienst[4]), namentlich für die publica sacra[5]) verwendet, und hat daher auch den Namen sacramentum erhalten[6]). Justo sacramento contendere, sacramentum justum judicare u. s. w., sowie injustis sacramentis petere, sind die für das siegreiche oder nicht siegreiche Durchführen dieses Rechtsstreits gebrauchten Ausdrücke[7]). Den Betrag des sacramentum haben die 12 Tafeln bey Gegenständen von 1000 Assen und mehr auf 500 Asse, bey einem Gegenstande von geringerem Werthe, sowie ohne Rücksicht auf einen Werth bey dem Streit um die Freyheit, auf 50 Asse festgesezt[8]). Zum Rechtsstreite vor den Centumvirn wurde noch zur Zeit des Gajus durch ein sacram. von 125 Sestertien, welches soviel ist als 500 Asse[9]), provocirt[10]). Daß gerade nur diese legis actio zu einem centumvirale judicium führte, daß aber auch die centumviri litib. judic., wenigstens zu Ciceros Zeit, hier judicirten, daß ferner, wenigstens seit einer lex Pinaria, auch unus judex, und ob etwa vorher der Magistrat selbst judicirte, wonach also die auf jeden Fall auch bey dieser legis actio eingetretene Theilung zwischen dem Verfahren in jure und in judicio doch nicht schon von Anfang an bestanden[11])? alle diese Puncte waren schon im §. 36. ei-

---

4) *Schreiter* I. §. 1 — 5, II, §. 20.

5) Dirksen civ. Abhh. Bd. 2, S. 116.

6) Gaj. IV, 13, 16 sub fin. Fest. v. sacramentum. Varro l. c. Eine andere Ableitung bey Isid. Or. V. 24 fin.

7) Cic. pro Caec. 33, pro domo, 29. de orat. I, 10. pro Milon. 27. Sacramento provocare Gaj. IV, 16, 95.

8) Gaj. IV, 14, 15, 16. Fest. u. Varro ll. cc.

9) Fest. v. sestertius.

10) Gaj. IV, 95. An das Zusammentreffen der Summen hat Savigny erinnert, s. Hollweg in Ztschr. Bd. 5, S. 387. Daß aber das sacramentum summa sponsionis genannt wird, finden wir auch bey Isid. l. c. Vgl. über die Stelle des Gajus unt. §. 64.

11) Dafür beruft sich bereits *Bach* h. j. p. 105 auf den Pro-

einer freylich nur hypothetischen Erörterung unterworfen worden. Sowohl die Ansprüche, welche im Formularprozesse durch die technisch s. g. in rem, als auch solche, welche durch in personam actiones, wie sie wenigstens späterhin genannt wurden, geltend zu machen waren [12]), sind durch diese legis actio eingeleitet worden [13]). Das am Ende gefällte Erkenntniß scheint sich in der Hauptsache formell nur darüber ausgesprochen zu haben, wessen sacramentum justum, oder wessen injustum gewesen, woraus sich dann materiell die rechtlichen Folgen von selbst ergaben [14]), z. B. daß nun der siegende Besitzer die Sache behielt, der unterliegende dieselbe herausgeben mußte, oder daß die praedes verhaftet waren [15]) u. s. w. Manche persönliche Klagen waren der Gegenstand besonderer legis actiones, vgl. die folg. §§., und vielleicht sind seit der vollständig ausgebildeten jüngsten legis actio, der per condictionem (§. 43), blos noch die dinglichen Klagen sacramenti actiones geblieben. Diese Klagen aber, nämlich der Streit um das Eigenthum einer Sache (auch um das die Sache nur theilweise afficirende mihi esse, d. h. die Servituten), an der hereditas (als Sache gedacht) und um die Freyheit, konnten gewiß

---

zeß der Virginio. Diesen Beweis will Hugo Rg. S. 304, Not. 2) nicht gelten lassen, weil es in jenem Rechtsstreite überhaupt nicht über die vindiciae hinausgekommen, bey welcher Einleitung immer nur die Obrigkeit thätig war (§. 40). Allein wenn Appius bey Liv. III, 46 sagt: „*jus eo die se non dicturum* neque decretum interpositurum“; so geht das Leztere auf die vindiciae, jenes aber auf das Endurtheil.

12) Insbesondere wissen wir das von den auf Bestellung des Eigenthums (dare) gerichteten Klagen, Gaj. IV, 20: „cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento — agere.“

13) Gaj. IV, 16 u. zwar p. 193, l. 12. p. 194, l. 3, 4.

14) Vgl. Cic. pro Caec. c. 33: sacramentum justum judicare, eben so Arnob. unt. Not. 17) cit., ferner die Analogie der sponsio, s. §. 64, so wie die Benennung des ganzen Verfahrens nach dem sacramentum. — Keller über Litiscont. S. 188—190.

15) Gaj. IV. 48.

Digitized by Google

durch keine andere legis actio als sacramento eingeleitet werden [16]), und zeichneten sich auch vor den übrigen sacramento geltend gemachten Klagen durch die mit der legis actio, dem einleitenden Verfahren, verbundenen vindiciae aus [17]), von welchen jene Klagen den ihnen ausschließlich angehörigen Namen vindicationes erhalten haben. Eben auch nur für diese Prozesse haben die legis actiones, und zwar zur Einleitung eines centumvirale judicium, am längsten bestanden, s. §. 36. Auch dieses Vorverfahren selbst ist uns bekannt (§. 40), aber wie die sacramenti actio bey persönlichen Klagen, solange sie da überhaupt noch bestand, beschaffen gewesen, darüber läßt sich nur Weniges ermitteln [18]). Seit der lex Pinaria nämlich wurden die Parteyen, wenn sie um einen judex gebeten hatten, entlassen, und durften, um ihn wirklich zu erhalten, erst nach 30 Tagen [19]) wiederkommen. Dann erfolgte die datio und zugleich die gegenseitige Verabredung am dritten Tage vor dem (also damals schon bey der datio nicht nothwendig gegenwärtigen) judex zu erscheinen (comperendinum diem [20]) denunciabant), bey welchem der causae peroratio oder den beyderseitigen Plädorien ein kurzer [21]) Sachbericht (causae collectio oder con-

16) Gaj. IV. 16. 17 u. die folgg. §§. 39, 40, ferner Cic. ad div. VII. 32: „ut sacramento contendas meum non esse.“ pro Mil. 27: „qui — injustis vindiciis ac sacramentis alienos (eben darum injustis) fundos — petebas.“

17) Gaj. IV, 16 u. §. 39. S. auch Cic. pro Mil. l. c. und Arnob. adv. gentes, lib. 4, p. 138 ed. Salm.: „qui inter personas ejusmodi aut vindicias justas dare, aut sacramento conetur pronuntiare non justas?“

18) Was darüber auf p. 192 bey Gajus gestanden, ist unlesbar geblieben.

19) D. h. nach dem 30sten Tage, nicht vorher; denn nun kam es darauf an, ob die Sache grade an der Reihe war, *Huschke* l. c. p. 238 sq.

20) Der Scholiast bey Cicero (Not. 23): „perendinum diem.“ Vgl. Cic. pro Mur. 12. Gell. X. 24. Val. Prob. J. D. T. S. P. (p. 1476).

Digitized by Google

jectio [22])) voranging. So iſt es bey den perſönlichen Klagen, aber auch bey den dinglichen gehalten worden [23]), außer in ſofern dadurch, daß die Sache zur weiteren Verhandlung nicht an den unus judex kam, eine Modification nothwendig war. Die von den Parteyen auszuſprechenden Formeln, durch welche ſie ſich (und zwar unmittelbar vor der judicis datio, wo eine ſolche vorkam) zur Beſtellung des sacramentum aufforderten, lauteten bey den dinglichen Klagen von der einen Seite alſo: *quando tu injuria vindicavisti D.* oder *L. aeris sacramento te provoco,* von der andern Seite: *similiter ego te;* und bey perſönlichen wahrſcheinlich ſo: *quando ne-*

---

21) „quasi per indicem" drückt ſich Gajus aus, ein ſprichwörtlicher Ausdruck, der auch vorkömmt bey Gaj. III, 54, bey dem Scholiaſten in Note 23, bey Juſtinian in Const. Deo auctore §. 12 u. §. ult. I. de publ. jud. S. Cujac. Obss. V, 25.

22) Dieſer Ausdruck kömmt bey dem Scholiaſten, jener bey Gajus vor (Not. 23)), wenn hier nicht auch conjectio zu leſen iſt, wie auch I. 13 conlecti ſtatt conjecti geſchrieben worden. Denn ſ. Arg. L. 1 D. de R. J. Nonius v. causam conjicere. Vgl. *Heffter* ad Gaj. p. IX.

23) Zwar hat Gaj. IV, 15 von dem im Texte beſchriebenen Verfahren nur in Bezug auf perſönl. Klage geſprochen, da er mit „si in rem agebatur" in §. 16 erſt auf die dinglichen Klagen kömmt, allein wenn es hernach heißt, daß nach der Provocation zur Beſtellung des sacramentum daſſelbe Verfahren wie bey in *pers. actiones* eingetreten ſey (p. 194, l. 3, 4), ſo iſt es ſowohl an ſich wahrſcheinlich, daß damit auf die vorher beſchriebene Weiſe der Ernennung eines judex hingewieſen werden ſoll, als auch gradezu erwieſen durch Ascon. in Verr. I, 9. Danach tritt eben jenes von Gaj. §. 15 fin. geſchilderte Verfahren grade da ein, wo auch Gajus auf jenes Verfahren zurückweiſt, nämlich nach der Aufforderung zum sacramentum; „namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem rel." Ja daß der Scholiaſt nur dingliche Klagen nennt, erklärt ſich dadurch und beſtätigt es zugleich, daß die perſönlichen Klagen aufgehört hatten, in dieſer Weiſe, d. h. durch die sacramenti actio geltend gemacht zu werden.

Digitized by Google

gas — sto quingenario (quinquagenario) te provoco, und von der andern Seite: *quando ais neque negas*[24]), daß u. ſ. w. und dann allenfalls: *similiter ego te*[25]). Aber andere uns bekannte Formeln könnten ja, auch wenn ſie gewiß den perſönlichen Klagen beyzulegen wären, einer anderen legis actio, namentlich der judicis postulatio[26]), angehören. Auf jeden Fall haben die perſönlichen Klagen früher als die dinglichen aufgehört, in dieſer Weiſe geltend gemacht zu werden, und es iſt jezt nur noch das Vorverfahren, die eigentliche legis actio, bey den dinglichen Klagen zu ſchildern (§. 40); denn von dem weiteren Verlaufe, ſoweit er nicht alsdann vor die Centumvirn gehörte, wiſſen wir ohnehin nichts.

§. 39.

Vindicatio*). Einleitung.

Den Rechtsſtreit über Eigenthum oder Freyheit mußte ſcheinbar ein vor den Augen des Magiſtrats vorgenommener wirklicher Kampf um den fraglichen Gegenſtand begründen. Es muß alſo die Sache, oder die Perſon, deren

---

24) So weit nämlich haben wir die Formel bey Val. Prob. Q. N. T. S. Q. P. u. Q. A. N. N.

25) Vgl. *Hefſter* ad Gaj. IV, 15 (p. VIII).

26) So das *quando in jure te conspicio*, ſ. §. 42, oder das *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim* bey Cic. de off. III, 17. Heffter (l. c. p. VII sq.) zieht dieſe Formeln zur Ergänzung hierher.

*) *Ge. Guil. Joecher* de ritu vindiciarum ap. Roman., Lips. 1723. 4. — *Adr. D. Steger*, praes. *C. O. Rechenberg*, vindiciae manibus consertis sumendae ex l. XII tab., Lips. 1737. 4. — *Jo. L. Conradi* Exc. II. ad Gellium. T. II. p. 524 sq. — Savigny über die lis vindiciarum u. über das Verhältniß derſelb. zu den Interdicten, in Ztſchr. Bd. 3, S. 421—434. — Ballhorn-Roſen über Dominium, Lemgo 1822, S. 162 fgg. — *Cramer* et *Heinrich* ad Cic. or. pro Tullio c. 16, p. 85—87. — (*Beyer* Exc. III. ad Cic. pro Tullio). — *v. Hasselt* de legis actionib. p. 23 sqq. — *Ed. Huschke* ad orat. pro Tullio, in Anal. p. 128 sqq.

Digitized by Google

Freyheit in Frage steht, in jure gegenwärtig seyn, und so wenig ist es hier um Ansprüche der Parteyen gegen einander zu thun, daß nicht einmal Herausgabe gefordert werden kann. Vielmehr wird bey beginnendem Streite Niemand als Besitzer angesehen [1]), sondern der Magistrat selbst ist es, wenigstens sofern er nicht etwa auf der Stelle den ganzen Streit entscheiden wollte oder konnte, welcher zunächst decretiren muß [2]), wer während des Prozesses die streitige Sache besitzen soll: *vindicias dicere* [3]). Mit einem Stabe, festuca [4]), in der alten Gerichtssprache vindicta [5]), mußten vorerst beyde Parteyen die Sache (den Menschen) berühren, und das gerade ist die Grundbedeutung des Ausdrucks vindicare (in rem fit vindicatio), welches vielleicht von indicare (hinweisen) abzuleiten ist [6]). Niemand also ist Beklagter, sondern jeder vindicirt die vorliegende Sache, der Eine zuerst, ihm widersprechend der Andere; so daß auch Beyde nur als der qui prior, und der qui contra vindicat, bezeichnet werden [7]), und höchstens durch die zuerkannten vindiciae erscheint dann der Eine als possessor, der Andere als petitor. Bey liberalis causa, wie die ausgebildete Kunstsprache den Freyheitsprozeß nannte [8]), war es der angebliche Sclave oder Freye, an welchen Hand angelegt wurde (manu asserere oder asserere schlechtweg [9])), wel-

---

1) Dü Roi im Archiv f. civ. Pr. VI. S. 264.

2) Liv. III. 45 sq.

3) „Vindiciarum dicendarum causa" bey Gell. XX, 10. S. unt.

4) Gaj. IV, 16 f. erklärt das dadurch, daß diese festuca statt der Lanze Symbol des Eigenthums sey. S. ob. §. 15 a. E.

5) Zu dem Ausdrucke vindicta s. noch Boeth. ad Cic. Top. c. 2. lib. I. u. zu festuca: Plaut. Mil. IV. 1 v. 15. Pers. Sat. V. v. 175. S. überh. §. 40.

6) Ueber die Etymologie Ballhorn-Rosen S. 185 fgg.

7) Gaj. II, 24.

8) Z. B. schon bey Cic. pro Flacco, c. 17: „cum in causa liberali eum, qui asserebatur, cognatum suum esse diceret."

Digitized by Google

cher nämlich von der einen Seite wie eine jede andere Sache vindicirt (in servitutem vindicare oder asserere [10])), aber auch auf der anderen Seite durch einen assertor in libertatem vindicirt wurde [11]), also nicht für sich selbst seine Freyheit geltend machen konnte [12]). Bey unbeweglichen Sachen ist, sowie nicht bloße Ergreifung sondern erst wirkliche Vertreibung zur Erlangung einer von einem Anderen besessenen Sache hinreichend ist, so auch zur Scheingewalt, zum technisch und namentlich in den 12 Taf. [13]) s. g. manus conserere [14]), nicht jene bloße Apprehension genügend, sondern erst *deductio*, die verabredete, wie sie Cicero nennt (ex conventu), oder quae moribus fit, die üblich gewordene [15]),

---

9) Varro de L.L. V, 7. S. Brisson. v. asserere und unt. §. 66.

10) Z. B. Liv. III, 44.

11) Liv. III. 45: „asseri in libertatem."

12) Gaj. p. 192, l. 1. Theoph. IV. 10 pr.

13) „Si qui in jure manum conserunt" sind die uns noch aufbewahrten Worte der XII Taf., Gell. XX. 10.

14) Ein Ausdruck, welcher an sich den wirklichen Kampf bezeichnet, Liv. XXVI. 48. XXX. 31 („manu conserta"). Cic. ad Att. VII. 20. Varro de L.L. V. 7: „Sic conserere manum dicimur cum hoste", und auch symbolisch nicht auf Immobilien beschränkt ist. Gell. XX, 10: „*Manum conserere* est, de qua re disceptatur, in re praesenti, *sive ager sive quid aliud est*, cum adversario *simul manu prendere*, et in ea re omnibus (l. solemnibus) verbis vindicare." *Christ.* noctes Att. Obs. 13. 14. p. 171 sqq. will hier überall *manu* statt *manum* lesen, meinend, es solle das bloße Berühren, kein wirklicher Kampf, dargestellt werden; allein auch das beyderseitige Handanlegen (manu prendere) ist schon Symbol des Kampfes. Ueber die Critik des Textes bey Gell. l. c. s. übrigens Dirksen XII T. S. 428.

15) Cic. pro Caec. 1, 7, 8. pro Tullio 16 ed. Cram. od. 20 ed. Huschk. Die Verbindung der deductio mit dem Interdicte in der Rede pro Caec. ist eine blos zufällige, weil es (wie auch pro Tull.) statt zur verabredeten deductio (§. 41), zur wirklichen Gewaltthätigkeit gekommen, die alsdann zur Anstellung des Interdicts geführt hat, Savigny in Ztschr. a. a. O. S. 428 fgg.

Digitized by Google

eine blos civilis und festucaria (also das Verfahren mit der festuca hing mit der deductio zusammen) nicht wirkliche Gewalt[16]), wie man sie darum nannte, weil auch sie nur gleichsam in Freundschaft vorgenommen wurde.

§. 40.

Die vindiciae einzeln beschrieben.

Vorerst von der deductio und ihrer späteren Geschichte abgesehen, war im Uebrigen das Verfahren, einzeln betrachtet, folgendes[1]). Nachdem die vor dem Magistrat erschienenen Parteyen, zuerst wohl ohne weitere Formen, die Gründe ihres Anspruchs vorgebracht hatten[2]), so sprach nun die

---

Ueber die bemerkte Unterscheidung der Vindication bey beweglichen u. unbeweglichen Sachen: *Huschke* p. 129.

16) So sind die keineswegs technischen Ausdrücke bey Gell. XX, 10 f. gemeint, so wie umgekehrt die wirkliche Gewalt einmal bey Cic. pro Caec. 31, 32 „vis quotidiana" genannt wird, im Gegensatze der vis armata, vgl. *Heinrich* ad Cic. pro Tullio p. 86 f., p. 87. Savigny in Ztschr. S. 424.

1) So beschreibt es Gaj. IV, 16. Die unterstützenden Zeugnisse werden im Verlauf angeführt werden. Für die liberalis causa gewähren die Formen der auf fingirter libertatis vindicatio beruhenden vindicta manumissio ein Bild für die wirkliche Vindication. S. Bd. 1, §. 202. — Früherhin hat man oft die Scheingewalt mit der wirklichen verwechselt, u. bald das interdict. de vi als zu den manus consertae, bald die deductio als zu den Interdicten gehörig betrachtet. Vgl. die älteren Ausleger zu Cic. pro Caec., *Hotoman* obss. VII. 6 u. Andere. Auf besserem Wege war schon *Schreiter* l. c. Diss. II. §. 11 sqq., welcher zwar die s. g. lis vindiciarum für einen besonderen präparatorischen Prozeß gehalten, aber deshalb doch nicht mit dem Interdictenprozeß verwechselt hat. Auch *Ferrat.* epp. I. 12 hat die Verwechslung nicht. Steger (Diss. cit.) beschreibt das manum conserere ganz richtig, gedenkt aber der deductio gar nicht und daher auch nicht des Interdicts. — Aufgeklärt hat die Sache jezt Savigny in der Ztschr. §. 39, Not. *) cit., die aber Beyer (l. c. p. 253 sqq.) wieder verwirrt darstellt, was schon Huschke gerügt hat.

2) Denn das beweist die Erzählung bey Liv. III. 44, verbun-

Digitized by Google

eine, mit der vindicta auf die Sache zeigend: „*hunc ego* (z. B.) *hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi: ecce tibi vindictam imposui*“ [3]), desgleichen sprach und that die andere Partey. Auf des Prätors Zuruf: „*mittite ambo hominem*“ lassen beyde Theile ab, und es redet nun der erste Vindicant den Gegner mit den Worten an: „*postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris?*“ [4]) hierauf dieser jenen: „*jus peregi sicut vindictam imposui*“, worauf der andere: „*quando tu injuria vindicavisti D (L) aeris sacramento te provoco*“, dann wieder jener: „*similiter ego te.*“ Nun folgt die (oben beschriebene) Einleitung zum judicium, und nunmehr entschied der Magistrat zunächst über den einstweiligen Besiz, gewiß geleitet durch die vor dem formellen Verfahren vorgetragenen Gründe. Nämlich „secundum alterum eorum vindicias dicebat“ [5]), d. h. zu Gunsten der einen oder andern Partey, jenachdem er es für gut fand [6]), nur mußte, wer

---

den mit den hernach in den Formeln gebrauchten Ausdrücken „sicut dixi“, und auf die Frage: „qua ex causa vindicaveris?“ „jus peregi sicut vindictam imposui.“

3) S. Val. Prob. S. S. C. S. D. E. T. V. (ed. Goth. p. 1476).

4) Dazu Cic. pro Mur. c. 12.

5) Hugo hat seine noch in der 8ten Rg. S. 219 ausgesprochene Auslegung dieser Worte: „zu Gunsten dessen, der zuerst vindicirt“, zurückgenommen, s. G. G. A. v. 1822, St. 63, S. 621, auch Du Roi Arch. VI S. 264 fg. u. Hugo Rg. 10te A., S. 273 mit Not. 5).

6) Also nicht grade zu Gunsten des bisherigen Besitzers, wie man ehemals meinte u. sogar in den XII Taf. finden wollte, wogegen sich Hugo längst erklärt hatte, Rg. 10te A., S. 274 fg. Not. 4). — *Van Hasselt* p. 29 sqq. not. 19) meint, es sey darauf gesehen worden, wer vorläufig Recht zu haben scheine. Allerdings mochte diese Rücksicht mit das richterliche Ermessen leiten, aber auch andere, z. B. wer zu schlechter Verwaltung weniger Besorgniß gab, und ceteris paribus wohl auch, wer vorher besessen hat. Auf jeden Fall erhielt der Eine den Besiz, wenn der Andere die Bürgschaft weigerte, Arg. Paul. I. 11. — Ballhorn S. 173 fgg.

Digitized by Google

jezt den Beſiz erhielt[7]), dem anderen Theile Bürgſchaft leiſten, im Falle des Unterliegens die Sache ſammt den Früchten dieſer Zwiſchenzeit zurückzugeben, alſo für den Ausgang des Hauptprozeſſes und für die Vortheile der zu ſeinen Gunſten ausgefallenen vindiciae, praedes litis vindiciarum, d. h. et vindiciarum[8]) (nicht zu verwechſeln mit den nicht dem Gegner, ſondern dem Magiſtrate zu ſtellenden praedes sacramenti) und damit war das Verfahren in jure geſchloſſen[9]). Für die liberalis causa iſt aber der durch die 12 Tafeln ſanctionirte Grundſaz zu bemerken, daß die vindiciae secundum libertatem gegeben werden ſollen, welchen ihr Mitverfaſſer Appius Claudius verlezte, vindicias secundum servitutem gebend[10]). — Auf fingirten vindiciis beruhten und wurden deshalb ebenfalls legis actiones genannt mehrere Acte der freywilligen Gerichtsbarkeit, nämlich in jure cessio[11]), Adoption[12]), Manumiſſion durch vindicta[13]) und Emancipa-

---

ſtellt die ſpäteren Grundſätze über poſſeſſoriſche Interdicte als hier ſchon befolgte Normen auf.

7) War das nicht der bisherige Beſitzer, ſo hieß das vielleicht „vindicias ab eo abdicere", Arg. L. 2 §. 24 D. de O. J. Dirkſen XII Taf., S. 429.

8) Vgl. Gaj. IV, 16 u. 94 f. mit 91 u. mit Cic. Verr. I. 45, u. Val. Prob. P. P. L. V. (p. 1476). Hugo S. 275, Z. 21 fgg. Der vom Scholiaſten bey Cic. l. c. gebrauchte Ausdruck lis vindiciarum iſt aber nicht verwerflich, ſondern eine (nur nicht, wie man vor der Bekanntſchaft mit Gajus geglaubt hat, techniſche, ſ. jezt Savigny, Beſ. 4. A., S. 392, Not. 4. 5te S. 460, Not. 3) Bezeichnung des Streites um Zuerkennung der vindiciae.

9) Gaj. IV, 16.

10) L. 2 §. 24 D. de O. J., Dion. XI. 30, Liv. III. 44 (45, 47, 57). S. auch or. pro domo c. 29 f., Cic. de rep. III, 32 vgl. mit II. 37.

11) Gaj. II. 24 fin. Vat. fr. §. 49.

12) L. 4 D. de adopt. (1, 7). L. 3 D. de off. proc. (1, 16). L. 1 D. de off. jurid. (1, 20). L. 1 C. de adopt. (8, 48).

13) L. 2 §. 1 vgl. mit L. 3 D. de off. proc. (1, 16). Paul. II. 25, §. 4. L. 1 C. Th. de his qui a non domino man. (4, 10).

Digitized by Google

tion[14]) — als Scheinvindicationen des Eigenthums, der väterlichen Gewalt, der Freyheit[15]). In dieſem Sinne iſt vom Magiſtrate apud quem legis actio est oder qui habet legis actionem die Rede, und ein weiterer Umfang kann dem Ausdrucke legis actio, der in dieſem Sinn in Juſtinians Compilation vorkömmt, mit Grund nicht zugeſtanden werden[16]).

§. 41.

Die deductio.

Zu den Grundſtücken mußten wegen der durch deductio eingeleiteten vindicatio die Parteyen mit dem Prätor hingehen, und ſo war es noch zur Zeit der 12 Tafeln. Aber mit erweitertem[1]) Geſchäftskreiſe des Magiſtrats iſt hierin ganz von ſelbſt die Aenderung entſtanden[2]), daß die manus consertae nicht mehr in jure vorkamen, ſondern daß ſich die Parteyen deshalb ex jure abriefen[3]), d. h. aufforderten und vom Prätor befehligt wurden, für ſich ſelbſt die deductio bey dem Grundſtücke, und alsdann an einer in jus zurückgebrachten Scholle[4]) vor dem Prätor die Vindication

14) Paul. l. c. L. 4 D. de adopt. Nov. 81 praef.

15) Bd. 1, §. 221 (S. 811). §. 202. §. 225.

16) S. Not. 11) bis 14), und ob. §. 32 bey Not. 3). Ferner auch Dirkſen Beyträge S. 224. Mühlenbruch Ceſſion, 2. A., S. 35 fg. Anm. 56. Fr. Ad. Schilling Bemerkgen über Röm. Rtsgeſch., Leipz. 1829. S. 87, Not. 209).

1) „*Auctis*" ſtatt *datis*, oder nach Anderen *latis* jurisdictionibus, bey Gell. XX. 10 zu leſen, ſchlägt vor *Huschke* p. 130.

2) Gell. l. c. — — „institutum est, contra XII tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Praetorem manum consererent, sed ex jure manum consertum vocarent, i. e. rel."

3) Gell. l. c. Val. Prob. litt. E. J. M. C. V. (p. 1476) und Cic. pro Mur. 12. de orat. I. 10.

4) „Vindicias sumere", Fest. v. superstites. Der ehemals ſehr verbreiteten, aber verwirrten Anſicht, als wenn glebae oder *festucae* ſtatt der *glebae* in jus gebracht worden, widerſpricht ſchon *Branchu* Obss. Dec. II. c. 15, p. 83 sqq. not.

Digitized by Google

vorzunehmen [5]). Eben dieses Vindiciren an dem Theile als dem Repräsentanten des Ganzen ist auch bey andern blos schwer transportabeln Sachen zulässig geworden, sowie es bey der Vindication der hereditas, die nur in der Idee ein Ganzes ist, ohnehin nicht anders seyn konnte [6]); sie ist daher auch gewiß später aufgekommen, als die Vindication der körperlichen Sachen, oder es ist vielmehr erst durch eine künstliche Erweiterung des Begriffs aus der rei auch die hereditatis vindicatio (petitio) entstanden. Jenes Hin- und Zurückreisen aber ist endlich, wenigstens bey entfernter liegenden Grundstücken, selbst zu einer in jure vorgenommenen Formalität geworden, nachdem nur wenigstens privatim d. h. ohne daß man zuvor beym Magistrat gewesen, die deductio vorangegangen war, und so stand die Sache zu Ciceros Zeit [7]). Wer den Andern deducirte, war ganz gleichgültig, da diese bloße Formalität auf die zu ertheilenden vindiciae keinen Einfluß haben konnte [8]). Es war aber diese von Cicero beschriebene Förmlichkeit folgende. Der Vindicant muß das zu vindicirende Grundstück gehörig bezeichnen, als das seinige in Anspruch nehmen, und dann erklären: „dorthin führ' ich dich zum Kampfe", darauf der Geforderte: „und von dort ruf' ich dich zurück ins Gericht", also zum friedlichen Streite, worauf dann seinerseits der Prätor eine Formel ausspricht des Inhalts: „Wenn Euch

---

5) So Gell. l. c. vgl. mit der von Fest. v. Vindiciae mitgetheilten alten Definition der vindiciae, nämlich: „Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in jus adlatae erant"; u. zugleich mit Cic. pro Mur. 12, wo an dem symbolischen Verfahren das früher wirkliche erkannt werden kann.

6) Gaj. IV. 17.

7) Nämlich pro Mur. 12 beschreibt Cicero spöttisch die in jure beobachteten Formalitäten, während er pro Caec. u. pro Tull. ll. cc. der privatim vorgenommenen deductio bey den Grundstücken selbst gedenkt.

8) Cic. pro Tullio c. 20 ed. H. „— — ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur." *Huschke* p. 130.

Digitized by Google

beyden jedem ſeine Zeugen zur Seite ſtehen, dann bezeichne ich den einzuſchlagenden Weg", worauf er den Befehl, ihn wirklich zu betreten, folgen läßt [9]). Scheinbar begleitet der Prätor die Parteyen, ruft ſie aber alsbald zurück („redite viam"), worauf die Vindication fortging, wie bey beweglichen Sachen. Noch von ſeiner Zeit erzählt Gellius, daß die Worte ex jure manum conserere beym Prätor geſprochen wurden, ſoweit nämlich überhaupt noch legis actio vorkam [10]). Alſo war wohl die Formalität, wie ſie Cicero ſchildert, auch noch damals, und folglich auch zu Gajus Zeit vorgekommen [11]), wenn auch etwa nicht mehr die vorangegangene deductio, und konnte nur mit der legis actio ſelbſt ganz verſchwunden ſeyn.

§. 42.

Judicis postulatio *).

Der Bericht des Gajus über die judicis postulatio iſt verloren gegangen [1]). Zu vermuthen iſt, daß die alte For-

9) „*Suis utrisque superstitibus, praesentibus, istam viam dico: inite viam.*" Die Erklärung dieſer Worte hat den Auslegern bisher viele Schwierigkeit gemacht. Vgl. dazu Fest. v. superstites.

10) Gell. XX. 10 init.: „„Ex jure manum consertum" verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindictae contenduntur, dici nunc quoque apud Praetorem solent."

11) Daß Gajus davon ſchweigt, gibt kein Gegenargument, theils weil er von dem allgemeinen Vindications-Ritus ſpricht, nicht grade von dem ſpeciellen bey Grundſtücken, theils weil es auch auf dem Folio ſtehen konnte, welches die p. 194 enthielt.

*) Hugo S. 276. *van Hasselt* §. 10, p. 50—59. *Hübbe* de re judicata p. 5 sqq. *Heffter* Obs. 4.

1) Es ſtand auf dem Bl. zwiſchen p. 194 u. 195. Vgl. *Göschen* ed. 2 p. 307, not. 44). Aber *Dupont* p. 25 meint, die jud. postulatio ſey gar keine beſondere Klagart geweſen. Ganz eigenthümlich iſt Tigerſtröms Anſicht. Gajus habe IV. 15 von der judicis post. geſprochen; denn hier ſey ja von einer judicis datio die Rede, u. ein anderer paſſender Ort, wo jene entwickelt worden, finde ſich nicht (p. 2 sqq.). Die jud. post. ſey aber keineswegs

Digitized by Google

mel: J. (A. V.) P. U. D. hierher gehörte, als Anrede an den Magiſtrat[2]), und daß von der feyerlichen postulatio dieſe legis actio ihren Namen erhalten hat, für welche auf jeden Fall die magiſtratiſche Beſtellung eines Privatrichters characteriſtiſch war. Das Leztere iſt freylich bey der ſpäteren legis actio per condictionem gleichfalls der Fall geweſen, und bey der sacramenti actio konnte es wenigſtens, aber vielleicht erſt ſeit der lex Pinaria, zur judicis datio kommen (§. 38), ſo daß alſo judicis postulatio immerhin der beybehaltene Name für diejenige legis actio ſeyn konnte, welcher urſprünglich die judicis datio ausſchließlich angehört hat. Daß dabey der judex ohne Inſtruction gehandelt habe, daß alſo der Magiſtrat hier nichts gethan, als den Richter zu ernennen[3]), braucht man nicht anzunehmen, obwohl ſich dadurch freylich die Benennung legis actio per judicis postulationem ſelbſt dann erklären ließe, wenn es von jeher auch bey andern legis actiones zur Erbittung eines Richters

---

auf gewiſſe Gegenſtände beſchränkt, was der Name und die Folgezeit beweiſe (p. 5 sq.); da nun die condictio jünger u. bey manus injectio u. pignoris capio kein judex vorgekommen, die sacramenti actio aber allgemeiner Natur geweſen: ſo müſſe man ſich ihr Verhältniß zur judicis post. alſo vorſtellen (p. 6—16), daß hier wie dort das sacramentum vorgekommen, überhaupt das Verfahren daſſelbe geweſen, nur daß in der Regel der Magiſtrat judicirt habe (sacramenti a.), ausnahmsweiſe, wenn es z. B. ſeine Zeit nicht erlaubte, der von ihm beſtellte judex (judicis post.), in welchem Falle dann bey dieſem (!) sacramento verfahren worden (Gaj. IV, 15).

2) S. §. 8, Not. 1). Unterholzner in krit. Ztſchr. IV S. 208 will ſie auf den Formularprozeß beziehen, wo jedoch die Erbittung eines Richters offenbar nichts Formelles war. Val. Probus aber theilt allerdings auch zu ſeiner Zeit nicht mehr übliche Formulare mit, da auch die alten notae zu erläutern waren.

3) Das meint *v. Hasselt* p. 56 sq., verleitet durch den Gegenſaz der formulae und der legis actiones. Allein es könnte eine mündliche Inſtruction wenigſtens eine andere als per concepta verba geweſen ſeyn.

Digitized by Google

gekommen wäre. Es würde alsdann diejenige legis actio seyn, bey welcher lediglich durch judicis postulatio, also weiter gar nicht vor dem Magistrate verhandelt wurde. — Alle der sacramenti actio enthobenen Rechtssachen, außer wo es eigentlich nur um unmittelbare Vollziehung zu thun war s. §. 45 ff., mußten vor Einführung der legis actio per condictionem hierher gehören, wahrscheinlich alle Klagen aus den nachher bonae fidei genannten Geschäften, so weit dieselben schon zur Zeit der 12 Taf. klagbar waren [4]). Denn die juris civilis intentio der im Formularprozesse so benannten bonae fidei judicia spricht für die Herleitung aus dem Prozeß durch legis actio (vgl. §. 51), und daß dabey sacramento prozessirt werden mußte, ist nicht wahrscheinlich. Die Formel: „uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem“ [5]), welche neben anderen aus dem Formularprozesse bekannten Formeln der bonae fidei judicia vorkömmt, gehört offenbar den legis actiones an [6]), weil hier eine Partey die

---

4) *Hübbe* l. c. Es scheint nämlich die Stelle bey Cic. de off. III. 10: „praeclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si eum teneremus [*Pith.* si ea rogaremus], *quae salva fide facere possit*“, auf die alte judicis postulatio zu gehen. Wenn ferner bey Cic. de off. III. 17 u. späterhin die bonae fidei negotia nur als speciell aufzuzählende erscheinen (§. 63), so sind sie also wohl dadurch entstanden, daß zunächst einige Geschäfte („quibus vitae societas inest“) der Geltendmachung durch die gefährliche sacramenti actio enthoben u. Gegenstand einer eigenen legis actio geworden sind, deren Zahl sich nach u. nach, zum Theil auch noch im Formularprozesse vermehrt hat. Daß aber nicht erst hier die bon. fid. actiones entstanden, darüber s. die ferneren Argumente im Texte.

5) Cic. de off. III. 17.

6) Hefftter bezieht diese Formel ohne weiteren Beweis auf die persönlichen Klagen bey sacramenti actio, s. ob. §. 38, Not. 26), und glaubt wegen L. 1 §. 42 dep. (16, 3). L. 36 de pec. (15, 1), daß die Klage aus der nexi obligatio so geformt gewesen. Nun bezieht sich zwar in diesen Stellen das captus fraudatusve auf Schmälerung des Peculiums; übrigens aber ist es grade eine

Digitized by Google

andere direct anredet (§. 33), und die je nach den verschiedenen Klagen verschiedenen Ausdrücke, durch welche in den formulae auf aequitas verwiesen wird (s. §. 63), mögen sich durch die abweichenden Ausdrücke der einzelnen dieser legis actio unterworfenen Klagen erklären Für die hier durchgeführte Ansicht spricht ferner, daß im Formularprozeß, und ausschließlich noch bey Cicero, die bonae fidei judicia arbitria heißen und der judex arbiter, sofern nämlich zur Zeit der 12 Taf. nur bey der leg. act. p. jud. postul. ein Privatrichter bestellt worden, denn auch damals hieß derselbe bald judex, bald arbiter[7]). Aber es sind nicht blos die nachmaligen bonae fidei judicia, bey welchen damals ein arbiter vorkam, ebenso wenig als nachher der arbiter jenen judiciis ausschließlich angehörte. Vielmehr[8]) gehören hierher wohl auch die den 12 Tafeln zufolge durch 3 arbitri zu schlichtenden jurgia de finibus[9]), oder die in den 12 Tafeln gegebene actio: si aqua pluvia nocet[10]), und wohl überhaupt alle Klagen, bey welchen Ausmittelung durch Kunstverständige nöthig war, so daß man diese zugleich zu Richtern bestellt hat, und vielleicht sind es solche, welche von den anderen Richtern damals als arbitri unterschieden worden sind. Drey arbitri wurden auch den 12 Taf. zufolge bestellt, si

solche, z. B. fiduciae actio, auf die wir die judicis post. beziehen.

7) S. ob. §. 8 u. Göschens Bemerkung in Ztschr. f. gesch. Rw. Bd. 5, S. 379, Not. 40).

8) Die folgg. judicia rechnet Hefftter hierher.

9) Cic. de legg. III. 21 mit Nonius c. 5 §. 34. v. Jurgium. Dazu Dirksen XII T., S. 475 fgg. — Die Mamilia lex scheint die drey arbitri auf Einen zu reduciren, Cic. l. c. — S. übrigens Frontin. de limitib. agror. b. Goës. p. 39 sq. Isid. Orig. V. 25. L. 3 C. Th. fin. reg (2, 26), worin die von der controversia de fine unterschiedene controversia de loco den Eigenthumsprozeß bezeichnet.

10) L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7), L. 5 D. ne quid in loco publ. (43, 8) vergl. mit Cic. Top. c. 9. L. 24 D. de aqua et aq. pluv. (39, 3).

Digitized by Google

quis vindiciam falsam tulerit[11]). Das in den 12 Taf. begründete[12]) judicium familiae erciscundae mag auch hierher gehören, um so mehr, als es in der Folge zu den bonae fidei actionibus gezählt worden ist. Aber auch überall, wo eine Schätzung nöthig war, mag es zur judicis postulatio gekommen seyn[13]), und insofern auch beym dare oportere, wenn rei aestimatio die datio der Sache selbst vertreten mußte[14]), und vielleicht auch dann, wenn wegen Nichtexistenz der Sache nicht vindicirt, aber Entschädigung gefordert werden konnte[15]). Vielleicht zum Theil schon durch die lex Pinaria, dann durch die leges Silia und Calpurnia (§. 43), und endlich durch die formulae, bey welchen Bestellung des judex oder arbiter das characteristische Verfahren geworden, ist die judicis postulatio als legis actio gänzlich verschwunden.

§. 43.

L. a. per condictionem *).

Um das, was dari oportet, einzuklagen, ist durch eine lex Silia, wenn es certa pecunia, durch eine lex Calpurnia[1]), wenn es irgend eine andere certa res war, die condictio ein-

---

11) Fest. v. Vindiciae. — Was darunter zu verstehen, ist dunkel. S. Dirksen XII T., S. 715 fgg. — *Hefftter* ad Gaj. IV. 13 p. 6 u. Obs. VI. not. 6).

12) L. 1 pr. D. fam. ercisc. (10, 2).

13) *Hefftter* p. 13.

14) So erklärt es sich, wie Gaj. IV, 20 sagen konnte, daß vor Einführung der legis a. per condictionem „de eo, quod nobis dari oportet," entweder sacramento oder per judicis postulationem geklagt werden konnte. Nämlich sacramento wurde die Sache selbst gefodert, wie das für die vindicatio gewiß ist. Vgl. noch Gaj. IV. 48.

15) Denn in rem actio gegen den s. g. fictus possessor war erst im Formularprozesse möglich, wo nicht die Gegenwart der zu vindicirenden Sache erfodert wurde.

*) Hugo S. 277. *van Hasselt* p. 154—158. Hefftter Obs. V, p. 14.

1) Eine nähere Zeitbestimmung dieser allerdings der lex Aebu-

geführt worden[2]). Warum? sey sehr die Frage, bemerkt Gajus, da doch deshalb auch vorher schon sacramento oder durch jud. postul. geklagt werden konnte[3]). Wenn indessen das leztere nur der aestimatio halber vorgekommen §. 42., so scheint die Absicht, das Gefährliche des sacramentum bey den Klagen auf das dare überhaupt, also auch wo keine Schätzung nöthig war, zu vermeiden, die Einführung der condictio veranlaßt zu haben[4]). Man erschien nämlich dabey nicht mehr darum vor dem Magistrat, um durch Bestellung eines sacramentum und durch Erbittung eines nach 30 Tagen zu ernennenden judex, wie in Folge der lex Pinaria der Fall war, sondern um lediglich auf diese lezte Weise das judicium einzuleiten, wahrscheinlich unter Verabredung eines Präjudizes auf den Fall der contumacia, welches gewiß bey der sacram. a. schon von selbst darin lag, daß das Urtheil über Einbuße des sacramentum nebst den weiteren Folgen dennoch gefällt wurde. Hier aber scheint die Folge des Nichterscheinens für den Beklagten die gewesen zu seyn, daß er als confessus galt, und nunmehr, je nachdem, wenn es nöthig war, eine Schätzung (Reduction auf Geld) eingetreten oder nicht, diese Geldsumme mit der legis a. per manus injectionem eingeklagt werden konnte[5]), gerade wie

---

tia (§. 35) vorangegangenen leges ist mit Sicherheit nicht möglich, s. dar. *v. Hasselt* p. 154—156.

2) Gaj. IV. 19. 3) Gaj. IV. 20.

4) Nach *Tigerström* p. 16—22 war condictio und judicis postulatio nicht verschieden, sondern er vermuthet, daß die ganze gesezliche Neuerung blos darin bestanden, daß de certa re ein judex ernannt werden mußte.

5) Das läßt sich nämlich durch einen Rückschluß aus lex Gall. Cisalp. c. 21, verbunden mit den im folg. §. zu entwickelnden Grundsätzen über die manus injectio folgern. Etwas abweichend stellt die Sache *Hefftter* l. c. fin., welcher übrigens glaubt, daß das condicere außergerichtlich vorgekommen, und folglich die Unanwendbarkeit der in jus vocatio für das Wesentliche der leg. a. per condict. ansieht. Mühlenbruch Cession, 2te A.,

Digitized by Google

dieſes gegen den wirklichen confessus ſchon den 12 Tafeln zufolge nach 30 Tagen der Fall war, ſ. §. 47. So iſt alſo durch die geſezlich ertheilte Erlaubniß, den Prozeß über eine Forderung auf dare blos dadurch einzuleiten, daß man ſeinem Gegner anſagt, (alſo durch denunciare, in der alten Sprache condicere [6]), er ſolle ſich nach 30 Tagen ad judicem capiendum wieder einfinden, dieſe nunmehr als eine neue legis actio entſtanden. Die sacramenti a. hat ſich wenigſtens von nun an gewiß auf Vindicationen beſchränkt, wo ſchon die vorläufige Entſcheidung über den Beſiz ein eigenthümliches Vorverfahren foderte. Das Verhältniß der condictio zur judicis postulatio aber iſt uns weiter nicht bekannt [7]), minder förmlich mag die Erbittung des Richters bey der condictio jedenfalls geworden ſeyn. Als aufs dare oportere durch concepta verba geklagt wurde, iſt jede Spur des alten Condictions-Verfahrens verſchwunden [8]).

S. 67 fg. hält die condictio für eine wenigſtens nicht in des Gegners Gegenwart, ſondern vor dem Magiſtrat u. vor Zeugen gemachte Erklärung, wovon hiernächſt dem Gegner Anzeige gemacht worden. Allein außer bey pignoris capio iſt jede legis actio ein in Gegenwart der beyden Theile und in jure vorgenommener Act, Gaj. IV. 29, u. bey der condictio iſt grade das *condicere* das characteriſtiſche Merkmal, alſo die eigentliche *legis actio* ſelbſt.

6) Gaj. IV. 18 mit §. 15 I. de actt. (4, 6) u. Theoph. ibid. — Fest. v. Condicere. Daher condictus dies bey Gell. XVI, 4. Plaut. Curcul. A. 1. Sc. 1, v. 5. — S. auch Servius ad Virg. Aeneid. III. v. 117. *J. Gothofr.* ad L. 1 C. Th. de denuntiation. (2, 4). — Condicere für verabreden in L. 66 pr. D. de C. E. (18, 1).

7) Nach *Hübbe* p. 8 ſollte durch den Ritus der denuntiatio und durch andere an die Stelle der sacramenti actio getretene Formen die „simplex judicis postulatio“ für den Zweck des dare op. unpaſſend geworden ſeyn; nach Hefftter umgekehrt durch die condictio ein ſchnelleres Verfahren gewonnen werden.

8) Gaj. IV, 18 fin. u. 33.

Digitized by Google

§. 44.

Manus injectio. Einleitung *).

Durch den Ausdruck manus injectio bezeichnet die römische Rechtssprache die nicht gerichtlich vermittelte Geltendmachung seines Anspruchs auf eine Sache durch unmittelbares Ergreifen [1]), wie z. B. dieses Handanlegen (manum injicere) das einfachste Mittel (aber nicht Rechtsmittel) ist, seinen Sclaven zu sich zurückzubringen [2]), was auch gegen seine Haussöhne oder Freygelassene gestattet seyn könnte [3]), und welches Recht man sich namentlich beym Verkauf von Sclaven unter gewissen Voraussetzungen vorzubehalten pflegte [4]). Dieses Handanlegen, welches in den 12

---

*) *Van Hasselt* p. 60 sq., p. 88 sqq., p. 159 sqq. *Hefftter* Obs. VI. p. 15—17.

1) Serv. ad Virg. Aeneid. lib. 10, v. 1. „Sermone juris manus injectio dicitur, quoties nulla juris auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.“ Vgl. die bey *Brisson* v. Manus gesammelten Stellen.

2) So habe der Freund des Appius Claudius der Virginia, weil sie seine Sklavin, manum injicirt u. da sie nicht folgen wollte, mit gewaltsamer Abführung gedroht, aber endlich freywillig den Rechtsweg eingeschlagen, Liv. III. 44, welcher leztere gar nicht erst durch jene manus injectio einzuleiten war, wie Hefftter sich die Sache vorstellt. Vielmehr stand diese mit der *legis actio* per manus inject. in gar keiner Verbindung.

3) Quinct. I. O. VII. 7 fin.

4) Z. B. si ancilla prostituatur — oder wenn der Sklave sich im Lande blicken lassen würde, u. das vorbehaltene manum injicere oder, was dasselbe ist, abducere ist hier das Recht, den bereits verkauften Sklaven wieder als seinen eigenen behandeln zu dürfen, mithin nicht erst einen Rechtsstreit anstellen zu müssen, welcher freylich über die Frage, ob die Bedingung eingetreten, der Vorbehalt auch wirklich gemacht worden u. s. w., dennoch entstehn konnte, aber alsdann von der manus injectio unabhängig war. Vgl. Vat. fr. §. 6. L. 9 D. de serv. exp. (18, 7). L. 20 §. 2 de manum. (40, 1). L. 7 qui sine man. (40, 8). — L. 18 §. 2 fam. erc. (10, 2). L. 5 C. eod. (3, 36). L. 1, 2 C. de serv. exp. (4,

Tafeln an freyen von uns unabhängigen Menschen allerdings nur zur Einleitung eines Rechtsstreits gestattet ist, nämlich bey in jus vocatio (§. 108.) und als legis actio [5]), hat der lezteren den Namen gegeben. Denn dadurch zunächst unterscheidet sich diese legis actio von jeder anderen, daß sie mit einer vor der Obrigkeit an dem Gegner unter Aussprechung der vorgeschriebenen Formeln vorgenommenen Handanlegung beginnt [6]), und Addiction zum Zweck hat. Allein mit dieser legis actio steht jedes andere manum injicere durchaus in keiner Verbindung [7]). Es scheint nun diese legis actio mit

---

55). — L. 10 §. 1 D. de in jus voc. (2, 4). L. un. §. 4 C. de Lat. lib. (7, 6). Vgl. auch *Buchholz* ad Vat. fr. l. c. und unt. Note 7).

5) Beydes sezt, wie Hugo S. 278 richtig bemerkt, eine Weigerung voraus, nämlich beym in jus vocatus: die zu folgen, außerdem: die zu zahlen. Aber nicht Beydes begründet *legis actio* per man. inject., denn die ist ein gerichtliches Verfahren, u. das in jus vocare geschieht extra jus, s. Not. 7).

6) Gaj. IV. 21: Qui agebat, sic dicebat etc. et simul aliquam partem corporis ejus prendebat.

7) So wenig wie jedes condicere mit der leg. a. per cond., jede Hinterlegung eines sacramentum, wenn sie etwa sonst noch vorgekommen wäre, mit dem lege agere sacramento in Verbindung stehn mußte, so wenig ist das mit dem manum injicere der Fall. *Dupont* p. 27—32 verfällt in den Irrthum, die Zulässigkeit der Handanlegung bey in jus vocatio im Allgemeinen zu leugnen, weil es ja nur bey einer speciellen legis actio gestattet sey, s. dageg. schon Schrader Heid. Jahrb. 1823, S. 948. *V. Hasselt* p. 19 not. *A. G. de Schroeter* Observv. p. 25 not. Aber noch weiter geht Hefftter, welcher alle der manus injectio gedenkenden Stellen mit unsrer legis actio in eine unentwirrbare Verbindung bringt. Vielmehr aber ist dasjenige manum injicere, von welchem diese sprechen, noch ganz spät (wo an die legis actio nicht mehr zu denken war) speciell gestattet worden, z. B. gegen entlaufene Decurionen L. 181 C. Th. de decurionib. (12, 1), u. galt im Justin. Recht, u. gilt überall, wo es Sklaven gibt, u. etwa auch bey uns, sofern wir die unsrer Gewalt unterworfenen Kinder, wenn sie entlaufen, beym Kragen fassen u. zurückbringen dürfen!

Digitized by Google

der per condictionem in gewisser Weise verwandt gewesen zu seyn, insofern nämlich auch die per manus injectionem unseres Wissens nur in solchen Fällen eintrat, wo man zum dare eines certum, und namentlich einer certa pecunia verpflichtet war, und zwischen welchen Fällen und denen, wo die legis actio per condictionem eintrat, im Formularprozeß auch wirklich kein Unterschied mehr bestand. Die Bestellung eines judex war wohl nie die Folge einer manus injectio [8]).

§. 45.

Der Zustand der Addicti.

Die manus injectio beruhte, von einigen Delicten abgesehen, auf dem ältesten römischen Schuldrechte [1]). Es dürfen aber da die addicti und nexi nicht verwechselt werden [2]). Nexus war derjenige, welcher sich selbst mancipirt, und folglich ins mancipium gebracht, also capite deminuirt hat [3]), sich mit sei-

8) *Dupont* p. 33. *Tigerstr.* p. 6.

1) Ueber das Schuldrecht überhaupt: *Jo. Wendelin. Neuhaus* Diss. ad leg. Petilliam de obaeratis debitorib., Lips. 1739. 4. *G. Fr. Buddeus* de fatis debitor. Rom. temp. regum ac liberae reipubl. 1760. in opuscc. T. II. nr. 5, p. 84—105. *De Raadt* de statu, conditione et jurib. debitor. obaerator. ap. Rom., Groning. 1763. in *Oelrichs* Thes. nov. Vol. III. T. 1, p. 298—332. — Chph. Christ. Dabelow Ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, Cap. 2—4, S. 15—104. — *Burnouf* de re judicata, p. 50 sqq.

2) Niebuhr, 2te A., S. 595 fgg., 3te A., S. 632 fgg. — Ueber den Status der addicti: *Cujac.* Obss. XIII. 9. *Pithoeus* ad Collat. II. 3 not. 9 bey Schulting. *Salmasius* de modo usurar. c. 18 u. observv. ad jus Att. et Rom. c. 11. *Jo. Fr. Jugler* Dubia de sectione debitor. ap. Rom., Lips. 1741. 4., cap. 2 §. 11. *Heineccius* Antiqq. III. 30, §. 2. Jezt seit durch Gajus das in mancipio esse einen Vergleichungspunkt darbot: Gans Scholien S. 160 fgg. *van Hasselt* p. 69—79. *Ed. Boecking* de mancipii causis, Berol. 1826, cap. 3, p. 82 sqq. Rudorff im Rhein. Mus. f. Philolog. u. s. w. II. 2, S. 162. *Ed. Fr. a Seckendorf* de capit. deminutione minima, Colon. 1828, p 16 sq.

3) Fest. v. „*Deminutus* capite appellatur — qui liber alteri

Digitized by Goog

ner Familie und seinem Vermögen [4]). Es geschah das entweder um eine Schuld abzuverdienen [5]), oder um Geld zu borgen [6]). Lezteres ist Verpfändung seiner Person. Man konnte sich binnen der durch mancipii lex verabredeten Zeit auslösen, gleich der pignoris causa mancipirten Sache. Vor der Lösung war man nexus oder nexu vinctus (denn man konnte überhaupt nicht bedingt mancipiren [7]), sondern nur Resolution oder Remancipation bedingen), dann nexu solutus [8]). Einstweilen also ist man in mancipio, wie die fiducirte Sache im Eigenthum, aber darum nicht auch in des Gläubigers Besiz, da überhaupt die Mancipation als solche den Besiz nicht gibt [9]). Zu seiner Zeit kann der Gläubiger vindiciren, und so durch Addiction den Besiz erlangen, nämlich in Folge des durch die Mancipation bereits begründeten Rechts. Hingegen durch legis a. per manus injectionem (wohin die Vindication nicht gehört) entsteht

---

mancipio datus est." Val. Max. VI. 1 nr. 9 „— — propter domesticam ruinam et grave aes alienum C. Plotio *nexum se dare* — coactus."

4) Liv. II. 24. Singulär ist das so wenig, als das Aehnliche bey Arrogation oder in manum conventio.

5) Varro de L. L. VII. 5 (p. 100 Bip., p. 58 Gothofr.) „Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debebat, dabat, dum solveret nexus vocatur." (Ueber die gewählte Lesart: Niebuhr 3. A., S. 640, Not. 1273). Dasselbe galt ja auch bey dem noxae deditus, Coll. II. 3. §. 3 I. de nox. actt.

6) Dion. VI. 41. 7) Vat. fr. §. 329.

8) Die Worte der XII Taf. „nexo solutoque — idem jus" beruhen auf einer gewagten Ergänzung einer Stelle bey Festus v. Sanates, vgl. Dirksen XII Taf., S. 165 fg. Wenn aber bey Liv. II. 23 gesagt wird: „nexu vincti solutique se undique in publicum proripiunt"; so heißt das so viel: Sowohl die nexi (sie mochten grade dienen oder nicht) als die es nicht sind (sie mochten sich nun gelöst oder nicht ins Nexum begeben haben). Das ist Doujat's von Niebuhr S. 603, Not. 97), 3te A., S. 641, Not. 74) gebilligte Erklärung bey Drakenb. ad Liv. l. c.

9) Gaj. II. 204, IV. 131, Vat. fr. §. 313.

Digitized by Google

Addiction ohne vorangegangenes Nexum[10]), und nur auf dieſe Weiſe addicirte Perſonen werden als *addicti* bezeichnet. Die Gründe dieſer Addiction, oder, was daſſelbe iſt, der legis a. per manus inject.[11]) waren vor und in den 12 Tafeln obrigkeitlich einbekannte oder zuerkannte Geldſchuld[12]) und gewiſſe Delicte[13]), wenigſtens in den 12 Tafeln manifestum furtum und was dem gleich behandelt wird[14]). — Der addictus[15]) aber (ex causa judicati auch

---

10) Daher iſt die Klagformel nicht: ajo etc. meum esse, ſondern ob eam rem (nämlich weil Du condemnirt nicht bezahlt haſt) ego tibi etc. manum injicio.

11) S. auch *Schröter* observv. p. 24 not. 35).

12) Gaj. IV. 21. Gell. XX, 1: „Aeris confessi rebusque jure judicatis" u. ſ. w. ſ. §. 46 Not. 1), verb. mit Liv. VI. 14: Judicatum pecuniae cum duci vidisset." Liv. VI, 34: „fama et corpore judicati atque addicti creditoribus satisfaciebant." Liv. VI, 36: „— — gregatim quotidie de foro addictos duci — —." Liv. XXIII. 14: „qui cum pecuniae judicati in vinculis essent." Dion. VI. 23 sub f., 83 sub fin. — Daß baare Geldfoderung vorausgeſezt werde, darauf hat, veranlaßt durch I. Gall. Cisalp. c. 21, 22, Hugo aufmerkſam gemacht, Mag. Bd. 2, S. 484 fgg., Rg. S. 250, 310. Daß er es aber u. mit ihm *v. Hasselt* p. 88 sqq. auf *credita* pecunia beſchränkt, iſt wohl nicht zu billigen. Denn die obigen Zeugniſſe ſprechen vom Judicat überhaupt, und ſelbſt aus den in den XII T. gebrauchten Worten geht hervor, daß jede confessio und jedes Judicat hinreicht. Auf jeden Fall ergibt ſich aus Gaj. IV, 21 sqq., in wie großer Allgemeinheit das domum ducere u. vinciri vorgekommen. Dagegen deutet nichts dahin, daß jene allerdings immer auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtete judicati actio nur durch Darlehnsfoderung begründet werden konnte.

13) Dionys (VI, 83) unterſcheidet die, welche ihre Schuldcontracte nicht erfüllen können (die nexi), diejenigen, welche nach Ablauf der geſezlichen Zeit von ihren Creditoren detinirt werden (die addicti wegen Judicats), u. diejenigen, welche wegen Privatdelicte condemnirt und addicirt worden ſind. Hingegen iſt nicht überall klar, ob an nexi oder an addicti gedacht worden, ſo Liv. II. 23. Dion. V. 53. VI, 29 u. 37.

14) Gaj. III. 189. Gell. XI c. ult. — Gaj. III. 194.

Digitized by Google

adjudicatus genannt oder judicatus [16])) ist in servitute aber nicht servus, d. h. wird vorerst nur factisch Sclave, ist es

15) Rudorff a. a. O. nimmt mit Boecking a. a. O. an, daß die „potestas" über den judicatus (addictus) keine andere als das mancipium, u. daß die ganze Härte der Behandlung nur Ausübung des häuslichen Richteramtes sey. Eine vierte Form der „potestas [d. h. des jus] über Freye" habe doch schwerlich existirt. Das Leztere ist richtig; denn der addictus war gar nicht alieni juris. Rudorffs Gründe für jene Gleichstellung sind vollständig diese: 1. Gaj. III. 199, welcher „die judicatos an der dritten Stelle nennt." 2. Die gleiche Weise der Entstehung, bey den judicatis werde nämlich die Entstehung durch aes et libra fingirt, „denn es gilt nexi liberatio." 3. Beendigt werde auch der Zustand des Judicatus durch Manumission und 4. Beständen Analogien im rechtlichen Character, z. B. L. 34 D. de re jud. vgl. mit Gaj. I. 141. — Allein ad 1. Gajus schildert im ersten Buch das mancipium u. läßt es entstehen durch wirkliche Mancipation, freylich nicht mehr durch Selbstmancipation, weil die zu seiner Zeit antiquirt war; aber von den adjudicatis spricht er dort mit keiner Sylbe, obgleich sie zu seiner Zeit allerdings noch vorkommen und von ihm selbst III. 199 genannt werden. Danach „interdum etiam liberorum hominum furtum fit", u. es wird das Kind in potestate, die uxor in manu, der *judicatus* u. auctoratus genannt. Daß der judicatus alieni juris sey, steht hier nicht, der in mancipio aber wird darum nicht genannt, weil ein solches Verhältniß damals fast nur noch dicis gratia vorgekommen, also hier in der Regel nichts zu stehlen war, Gaj. I. 141. Die ad 2. behauptete Fiction ist wirklich fingirt. Nexi liberatio galt, wie Rud. selbst bemerkt, für die *obligatio* judicati, nicht für den Status des Addictus, u. ferner auch, wenn eine certa res per damnationem legirt ist, Gaj. III. 175, wo ebenfalls keine Entstehung per aes et libram. Zwar wird das Testament auf die Weise errichtet, allein aus diesem Grunde müßte jede legati obligatio durch nexum erlöschen, vgl. auch §. 47, Not. 7) a. E. Vielmehr entsteht das Recht auf die Person des Judicatus durchaus erst mit der durch manus injectio zu erwirkenden Addiction, welche manus injectio keineswegs eine Vindication ist, s. Not. 10). Ad 3. Vgl. den Text mit Note 28), und dann 4. manche Analogien beyder Zustände sollen nicht geleugnet werden, aber es zeigen sich viel größere Verschiedenheiten.

16) Gaj. III. 189, 199. L. 34 D. de re jud. (42, 1).

Digitized by Google

aber nicht dem Rechte nach [17]), sowie wer in libertate morirte, in der Freyheit geschüzt wird, obwohl er von Rechtswegen Sclave ist (Bd. 1, §. 201). Dem Rechte nach stand der addictus im umgekehrten Verhältnisse mit dem statuliber; wie dieser erst pecuniam dando frey wird (Bd. 1, §. 210), so büßt jener erst durch unterbleibende Zahlung seine Freyheit ein, verliert caput, Vermögen und Ehre [18]). Aber behandelt als Sclave wird vorläufig schon, wer aus dem Judicat verklagt wird. Nur durch einen Vertreter kann er prozessiren, und muß sich, wenn er den nicht findet und nicht bezahlen kann, von seinem Schuldherrn einsperren und in Fesseln legen lassen [19]), sich mit Streu und Sclavenkost begnügen [20]), und wird zum Kriege nur im Nothfall aufgeboten. Die noch nicht verfallenen nexi dagegen konnten im Heere dienen [21]). Allein capite deminuirt ist der addictus noch nicht, der nexus dagegen schon vor der Addiction [22]). Das Kind des addictus theilt keineswegs sein Schicksal [23]), und über sein Vermögen kann er frey disponiren [24]). Aber

---

17) Quinct. I. O. VII. 3: — „an addictus, quem lex servire donec solverit jubet, servus sit" u. s. w. V, 10: „Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet. S. noch unt. Note 28).

18) S. §. 46. Liv. VI. 34 init. Dion. VI. 41, 59.

19) Not. 12, besond. Gaj. IV. 21.

20) S. §. 46 und L. 34 D. de re jud. vgl. mit L. 45, L. 234 §. 1 D. de V. S. (50, 16).

21) Liv. II. 24. Qu. I. O. VII. 3. Val. Max. VII. 6, 1. Niebuhr S. 607 fgg., 3te A., S. 645 fgg.

22) Fest. v. Deminutus (s. ob. Not. 3), wo keineswegs auch Addiction als Veranlassung der cap. deminutio genannt wird. Quinct. unt. Note 28).

23) Quinct. III. 6: „Tempus — ex quo quaestio: an is, quem dum addicta est mater peperit, servus sit natus?" Es hängt nämlich davon ab, ob man der nachherigen, nur bedingt aufgeschobenen Sklaverey, rückwirkende Kraft beylegen wollte.

24) „Si volet suo vivito" der XII Taf. Vgl. §. 46, Note 1). Niebuhr Bd. 2, S. 112. L. 23 pr. D. ex quib. caus. maj. (4,

das Vermögen des nexus fällt schon mit der Mancipation dem Gläubiger per universitatem zu[25]), hingegen auf ein nicht freywillig überlassenes Vermögen, also blos imperio magistratus, hatte der Gläubiger nimmermehr directen Zugriff[26]). Darum erhielt man durch Addiction und ihre Folgen ein indirectes Zwangsrecht. Wer Delicts halber addicirt worden, konnte freylich auch durch Zahlung frey werden, wo das Delict durch eine solche privata poena verbüßt werden durfte, allein beym manifestum furtum war die Addiction selbst die gesezliche Strafe, und darum ist hier auch gestritten worden, ob ein solcher addictus adjudicati loco oder wirklich Sclave werde[27]). Wer dagegen in mancipio war, der ist dem Rechte nach servi loco, auch bevor er es noch factisch war. Das mancipium wird durch Manumission beendigt, den addictus befreyt aber offenbar die Zahlung ganz von selbst, da er blos (factisch) servit, nicht servus ist und rechtlich nicht als solcher gilt. Jener wird auch quasi libertus seines Manumissors, aber der addictus tritt gewiß nicht

---

6), wonach der „in vincula privata ductus", so lange er nicht wirklich Sklave geworden, usucapiren kann. — Damit daß der addictus alieni juris stände das Alles in directem Widerspruche.

25) Es war daher eine Vergünstigung des Consuls Servilius bey Liv. II. 24 (vgl. Dion. VI. 41 fin.): „*ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve ejus moraretur.*" Daß die schon verfallenen nexi gemeint sind, sagt Livius selbst: „Hoc proposito edicto, et qui aderant *nexi* etc."

26) Daß man ursprünglich das Vermögen seines Schuldners (soweit es nicht durch Mancipation seiner selbst oder einzelner Vermögensstücke überlassen worden) nicht in Anspruch nehmen konnte, bezweifeln oder leugnen Wachsmuth R. G. S. 276 fgg. Schrader Heid. Jahrb. 1823, S. 949 u. *v. Hasselt* p. 88 sqq. Allein Liv. l. c. beweist nicht, sobald man die addicti u. nexi unterscheidet. Die pignoris capio geschah ohne Obrigkeit und war nur Einleitung eines Rechtsstreits u. in ganz speciellen Fällen. Die l. Galliae Cisalp. c. 22 spricht vom Rechte ihrer Zeit.

27) Gaj. III. 189.

Digitized by Google

in ein solches Verhältniß zu seinem vorigen Schuldherrn [28]). Das von Servius abgeschaffte unter Tarquinius Superbus freylich wieder aufgekommene Recht [29]) war wohl blos das der Personalverpfändung, das nexum [30]). Dieses aber und die Addiction der judicati war allerdings ein den Patriciern gegen die Plebejer zu Gute kommendes Recht [31]), in sofern eben das Verhältniß der damaligen beyden Stände zur nothwendigen Folge hatte, daß die plebs verarmte und bey den patricischen Capitalisten borgen mußte. Ohnehin auch mögen die Stände unter sich selbst von einem so harten Schuldrechte keinen Gebrauch gemacht haben [32]).

28) Ueber das was der Text vom mancipium gesagt, s. Bd. 1 §. 226. Ueber den Gegensaz s. Quinct. VII. 3. Videamus propria differentiaque liberorum. Servus cum manumittitur fit libertinus, addictus recepta libertate (daß das durch Manumission geschehe, wird nicht gesagt) est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequetur, addictus solvendo, citra voluntatem domini (also durch die bloße Zahlung ohne Manumission) consequetur. Ad servum nulla lex pertinet (steht in keiner Rechtsgemeinschaft), addictus legem habet. *Propria liberi, quae nemo habet nisi liber, praenomen, nomen, cognomen, tribum: habet haec addictus.* — Quinct. V. 3. Aliud est servum esse, aliud servire. Qui servus est, si manumittitur fit libertinus, non itidem addictus (sc. fit libertinus).

29) Dion. IV, 9. XIII. 43.

30) Dion. IV, 9: „Legem feram: *ne quis foenerator in corpora libera jus habeat,* satis existimans foeneratoribus si bona debitorum possideant" (Reisk.) Daß das Gesez wirklich zu Stande gekommen, stellt jezt Dirksen Versuche, S. 345 fg. in Abrede. Allein wie hätte späterhin gesagt werden können, daß es Tarquinius wieder aufgehoben? S. *Schröter* Obss. p. 15, not. 15.

31) Liv. VI, 36. Dion. IV, 11. — Liv. VII, 16. — Liv. VI, 14. Vgl. Niebuhr Bd. 1, S. 598 fg., 3te A., S. 635 fg.

32) Denn stand es von Rechtswegen nur den Patriciern und nur gegen die Plebejer zu, so vermissen wir theils ein Schuldrecht unter den Ständen selbst, theils wäre das ganz etwas Anderes als Verschiedenheit des patricischen und plebejischen Rechts. Und wie würde die Fortdauer des Addictionsrechts lange nach verschwundenem Ständeunterschied erklärt werden können?

Digitized by Google

§. 46.
Die Addicti in den 12 Tafeln *).

Mißhandlung der Schuldknechte machte geſezliche Beſtimmungen nothwendig. Sie erfolgten in den 12 Tafeln. Ihr Inhalt iſt folgender [1]). Vom Judicat oder der confessio in jure an hat man eine 30tägige Friſt [2]), wie dieſer Termin auch in der lex Pinaria bey der condictio, und ſo noch öfters [3]), auch nachher mit Bezeichnung der dies als justi [4]) wieder vorkömmt. Nach Ablauf der Friſt war der unbefriedigte Gläubiger zur judicati actio per manus injectionem berechtigt, er konnte nämlich jezt ſeinen Schuldner in jus vociren, dort die manus injectio vornehmen, was, wenn kein vindex auftrat, die Addiction zur Folge hatte [5]). Nach der

*) Liter.: oben §. 46, Not. 1), u. unt. Note 17.

1) Die Worte theilt Gell. XX. 10 mit: „Sic enim sunt opinor verba legis: *Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto* (ſo weit auch bey Gell. XV. 13), *post deinde manus injectio esto, in jus ducito; ni judicatum facit, aut quis endo em in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne majore aut si volet minore vincito. Si volet suo vivito. Ni suo vivit qui em vinctum habebit libras farris endo dies dato, si volet plus dato.* Erat autem“ u. ſ. w. fährt Gellius referirend fort. S. das Weitere, und über Varietät der Lesart u. ſ. f. im Texte, u. überhaupt Dirkſen XII Taf. S. 234—254.

2) S. noch Gaj. p. 147 l. 22, u. die Ausdrücke *legitimum* tempus u. per *legem* in L. 4 §. 5, L. 7 D. de re jud. (42, 1).

3) S. §. 38 bey Not. 19), §. 44, §. 77, §. 79. Ferner Tab. Her. c. 2 l. 41. Vgl. *Dirksen* observv. ad leg. Gall. Cisalp. p. 53. Conradi ad Tab. Her. und Dirkſen dazu, vgl. Dirkſen Civ. Abhh. Bd. 2, S. 260.

4) Fest. v. Justi. Macrob. Sat. I. 16.

5) In den XII Taf., wenigſtens in den von Gellius mitgetheilten Worten wird die manus injectio ſelbſt nicht weiter beſchrieben, es heißt blos „*manus injectio esto*“, was durch in jus ducere vorbereitet werden muß, und wenn nicht erfüllt wird, auch kein Vindex auftritt: „secum ducito“ u. ſ. w. Dagegen hat Gajus (IV, 21) die Abſicht, grade nur die manus injectio zu ſchil-

Digitized by Google

Handanlegung konnte der Belangte nicht auch seiner Seits lege agere, und nur ein gerichtlicher, d. h. den Prozeß sogleich in eigenem Namen fortführender Vertreter vermochte jenen zu befreyen [6]). Der vindex wird also, nämlich jezt in jure, um den späteren Ausdruck zu gebrauchen, litis dominus, und liberirt dadurch den Schuldner von seinem bisherigen Gläubiger [7]). Den Addictus durfte zwar der Gläubiger heimführen und in Fesseln legen (domum ducito, vincito), aber hier greifen nun die an die Stelle der früheren Willkühr tretenden Vorschriften des Gesetzes ein [8]). Die Fesseln oder der Fußblock [9]) dürfen nicht schwerer seyn als 15 Pfund [10]), und sich selbst

dern, nicht den Inhalt der XII T. mitzutheilen. So wird denn hier die Formel, die gewiß nicht in den XII T. gestanden, also angegeben: *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es* (z. B.) *sestertium X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium judicati manus injicio.* Am Ende ist auch davon die Rede, daß wer nicht wenigstens einen Vinder fand „domum ducebatur ab actore et vinciebatur", wo dann aber wiederum nicht die in den XII T. vorgeschriebene specielle Behandlung des addictus besprochen wird.

6) Gaj. l. c.

7) Vgl. die Worte bey Gell. l. c. mit der Exposition bey Gaj. l. c. Damit nun stimmt es ganz überein, wenn Fest. v. Vindex sagt: „Vindex ab eo, qui vindicat, quo minus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur." Und daß die Worte des Gajus zu den XII Taf. (L. 234 §. 1 D. de V. S.): Locuples est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit, auf die zur Zulässigkeit eines Vinder nöthigen Erfordernisse gehn, kann wohl keinen Zweifel leiden. Die lex Gall. Cisalp. c. 21, l. 23 will vom confessus ausdrücklich einen vindex locuples, und auch das im Formularprozeß an die Stelle getretene judicat. solvi *satisdare*, Gaj. IV, 25 f., spricht dafür. *V. Hasselt* p. 68, not. 19). Vgl. übrigens noch §. 111.

8) S. Not. 5). 9) Fest. v. Nervum.

10) So nach der in Not. 1) mitgetheilten Lesart, deren *Cujac.* Obss. III. 39 gedenkt, und wofür schon das „si volet plus dato" zur Analogie dient. Die gangbare Lesart: „*ne minore aut si volet majore*" vertheidigt indessen Niebuhr Bd. 2, S. 311. Dagegen Hugo S. 312 u. Dirksen S. 248 fg.

Digitized by Google

zu verköſtigen darf ihm nicht verweigert werden. Kann er es nicht, ſo muß ihm freylich der Gläubiger nur die gewöhnliche Sclavenkoſt reichen [11]). Durch Uebereinkunft kann der Addictus immerhin noch frey werden, und es war das wohl das Ueblichſte [12]). Auf jeden Fall aber muß ihm eine Friſt von 60 Tagen bleiben, innerhalb welcher ihn der Schuldner in drey auf einander folgenden nundinis öffentlich und den Schuldbetrag verkündigend (quantae pecuniae judicatus esset, praedicare) vorführen mußte. Fand ſich dennoch kein vindex, ſo war der Addictus verfallen, verliert jezt erſt das caput, und kann im Staate nicht länger weilen. Der oder die Gläubiger mußten [13]) ihn alſo entweder tödten oder in auswärtige [14]) Sclaverey verkaufen, und dadurch wenigſtens im Kaufpreis einige Entſchädigung finden. Der Reſt der Foderung war auf jeden Fall verlo-

11) Täglich ein Pfund Korn. S. noch Hor. Sat. I. 5. — Aber „si volet plus dato", vgl. L. 234 §. 2 D. de V. S. Donat. ad Terent. Phormio II. 1, v. 20.

12) „Erat autem, erzählt nun Gellius (ſ. Not. 1), jus interea paciscendi; ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies, trinis nundinis continuis ad Praetorem in comitiis producebantur, quantaeque pecuniae judicatus esset, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant." — Das pacisci erinnert an das „*ni cum eo pacit*" der XII Taf. beym zerbrochenen Glied Fest. v. Talionis, Gell. XX. 1. Auch dem addictus ex furti causa war es gewiß vergönnt, ſich durch Geld abzufinden: „et de furto pacisci *Lex* permittit, L. 17 §. 14 D. de pact. verb. mit L. 17 §. 1 eod: „quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum item furti."

13) Gradezu als Pflicht ſtellt es Niebuhr a. a. O. dar. Dageg. Hugo G.G.A. v. 1814, S. 204. Den Ausweg durch Pacisciren, alſo auch durch völligen Nachlaß der Schuld, gab ja das Geſez ſelbſt an die Hand.

14) „Trans Tiberim peregre", alſo in die Fremde. An einen civis R. verkauft, hätte auch der addictus nicht Sklave werden, ſondern nur ins Mancipium kommen können. G. F. Puchta im Rhein. Muſ. f. Jurispr. II. 4, S. 385 fg.

ren [15]). Die mehreren Gläubiger mochten den Leichnam zertheilen, denn wenn auch in ungleichen Raten, so sollte es ihnen unschädlich seyn. So ausdrücklich die 12 Tafeln [16]). Und daß es wörtlich verstanden werden müsse [17]), darüber

15) Noch lange nachher sind durch jede capitis deminutio die civilen Rechte überhaupt und die Foderungen der Gläubiger untergegangen.

16) *Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerint, se (sine) fraude esto*", nach Gell. XX. 1. „Si volent trans Tiberim venumdanto" waren wahrscheinlich die darauf folgenden Worte. Denn erst referirt Gellius blos: „tertiis nundinis capite etc., s. Note 12) u. theilt alsdann Textesworte mit. Schon Pithöus hat in diesem Sinne restituirt, gleichfalls Jac. Gothofred, was Dirksen S. 261 fg. billigt.

17) So nehmen es auch z. B. *Cujac.* Paratitl. Cod. VII. 71. *Sigonius* de ant. jur. Rom. in *Graev.* Thes. T. I. p. 82. *Spanhem.* Orb. Roman. lib. II. c. ult. u. Viele. Auch *Salmasius* de usuris c. 18, de modo usurar. c. 18. Gegen diesen *Herald.* de rer. judic. auctorit. II. 25, §. 6 sqq. in *Otto* Thes. T. II. p. 1284 sqq., u. gegen ihn wieder *Salmas.* Observv. ad jus Att. et Rom., L. B. 1745. c. 11, p. 318. Herald versteht die sectio von Theilung der Dienste, *Robert.* rer. judicat. lib. II. c. 6 von Theilung des Vermögens. *Bynkershoek* Obss. I. 1 meint: capitis poenam dare heiße Verzugszinsen zahlen müssen, u. in partes secare gehe auf die öffentliche Veräußerung des Schuldners, durch welche also nicht, wie durch den von dem einen oder anderen Gläubiger veranstalteten Privatverkauf Jemand verkürzt werde (se fraude esto). Ihm sind Viele gefolgt, nur daß sie zum Theile „capitis poenam dare aut venumdare" von der Wahl, den Schuldner selbst als Sklaven zu behalten oder zu verkaufen (aber warum alsdann auswärts?) verstehen. So *Hoffmann* hist. jur. T. II, p. 179—181. *Jo. Taylor* de inope debitore in partes dissecando, Cantabrig. 1742, in *Fellenberg* Thes. T. I. nr. X. Aber für das Einem oder Mehreren zustehende Recht zu tödten, so wie für die sectio des Körpers: *Jo. Fr. Jugler* Dubia de sectione debitorum apud Romanos interpretationi Bynkershoekianae opposita, Lips. 1741. 4. *Herrm. Cannegieter* Obss. I. 16. *G. J. Jacobson* de debitorum sectione ex lege XII tab., Lugd. Bat. 1780. 4. Dagegen haben es wieder figürlich, auf ihre Weise, verstanden: Von Allmendingen üb. den mater. u. formell. Concurs, Gieß. 1797, S. 52 fgg. u. Dabelow

haben wohl ſelbſt die ſpäteren Römer kein Bedenken gehabt [18]). Drey nicht juriſtiſche Schriftſteller aus dem dritten Jahrhunderte verſichern es ausdrücklich [19]), und es fehlt nicht an Analogien im germaniſchen Rechte [20]). In der Folge iſt freylich durch die Kraft der Sitte [21]) und dem Geiſte anderer geſezlicher Beſtimmungen gemäß [22]), nicht mehr das caput ſelbſt (Leben oder Freyheit) verloren gegangen, ſondern nur das Vermögen zum Verkauf gebracht worden, aber binnen denſelben Friſten und mit derſelben Wirkung auf die existimatio des Schuldners und auf die Foderungen der Gläubiger [23]).

§. 47.

Manus injectio der ſpäteren Zeit.

Wer nach der Condiction, d. h. wiederum nach ei-

Concurs S. 46 fgg. — Die ſtrengſte Anſicht iſt Niebuhrs, ſ. ob. Note 13). Auch Hugo S. 311 iſt jezt weniger der Meinung geneigt, daß bey sectio an Theilung der Foderung zu denken ſey. *V. Hasselt* p. 81 sqq. aber verſteht die ganze Sache von einem Arrangement der Gläubiger über Antheil am Kaufpreis oder an den Dienſten.

18) Vgl. die beyden Parteyen bey Gell. XX. 1.

19) Gell. l. c. Quinct. III. 6. Tertull. Apolog. c. 4.

20) Jac. Grimm in d. Ztſchr. f. geſch. Rw. Bd. 3, S. 125. Deſſelben deutſche Rechtsalterthümer, Gött. 1828, S. 615 fgg., wo er auf die Aehnlichkeit des Verfahrens aufmerkſam u. die Bemerkung macht: „Jeder Einzelne (bey den Römern) war befugt ſeine Rache zu kühlen u. unerbittlich zu verſtümmeln.“

21) Gradezu folgt das nicht aus der Art, wie darüber Tertullian u. Quinctilian („quam legem mos publicus repudiavit“) ſich ausdrücken. Allein eine aufhebende lex wäre doch wohl hier genannt worden, oder uns auch ſonſt nicht unbekannt geblieben. Daß die lex Petillia Papiria nicht darauf geht, darüber ſ. §. 48.

22) „Papiriana ratione“, drückt ſich Rudorff aus, im Rhein. Muſ. f. Philol. II. S. 163, Not. 4).

23) Vgl. §. 76 fgg. *Contius* lectiones subsecivae, II. 18. Niebuhr Bd. 1, 2te A., S. 605, 3te A., S. 642. Puggé im Rhein. Muſ. f. Jurisp. II. S. 88.

Digitized by Google

nem 30tägigen Termine, sich dem Kläger nicht gestellt hat, gegen den war wohl in Folge der neuen leges (Silia, Calpurnia) nunmehr ebenfalls die manus injectio, versteht sich, nach vorhergegangener in jus vocatio, gestattet, s. §. 44. Die lex Petillia (Papiria) vom J. 428 [1]) gehört gar nicht hierher [2]). Sie hat blos das nexum, Personalverpfändung, und zwar nur wegen credita pecunia, abgeschafft, nicht die Mancipation wegen Delictsschuld, und noch weniger die Addiction [3]).

---

1) Liv. VIII. 28. Cic. de rep. II. 33, 34. Dion. fragm. XVI. 9.

2) Früherhin war man immer der Meinung, durch diese lex u. dann durch die weiteren Vorschriften des prätor. Edicts sey das Addiciren aufgehoben u. die bonorum proscriptio eingeführt worden. Nur entweder gegen das Gesez, oder bey Unzulänglichkeit des Vermögens sey doch in der Folge wieder Schuldknechtschaft entstanden, denn s. unt. Not. 6), so daß unter Sulla u. durch Jul. Cäsar wieder geholfen werden mußte. Ueber jenes vgl. §. 78, Not. 10); dieses (Caes. B. C. III. 1. Suet. Caes. 42) war blos temporair. — Herald (l. c. p. 1284) meint, es sey nach jener lex nur noch der carcer publicus vorgekommen. Dabelow S. 84 fgg. meint unter Anderem, die lex habe nicht verboten, daß sich Jemand freywillig zum nexus mache (S. 91). Schrader in Hugo's Magaz. Bd. 5, S. 184 fg. versteht sie blos von Milderung der Grausamkeit. Gegen ihn vertheidigt wieder *Dirksen* Tab. Her. p. 108 sq. die gemeine Meinung. Endlich *v. Hasselt* p. 156 sqq. bezieht die lex bereits richtiger: 1. auf die gegenwärtigen nexi u. addicti, was durch Dionys vollkommen unterstüzt wird, u. 2. für die Zukunft blos auf das Verbot des nectere, was er aber gleichfalls noch für ein Fesseln hält, nicht des addicere. S. Note 3).

3) Niebuhr Bd. 1, S. 604, Not. 1199, 3te A., S. 641, Not. 1276. — Die Worte bey Liv. l. c. lauten also: „Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt: mutatum autem jus ob unius foeneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publilius ob aes alienum paternum nexum dedisset etc. — —. Victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei (jenes nexum se dare, d. h. das Institut der Selbstverpfändung): jussique consules ferre ad populum, NE QUIS, NISI QUI NOXAM MERUISSET, DONEC POENAM LUERET, IN COMPEDIBUS

Wann auch noch iene abgekommen, wiſſen wir nicht. Aber die Addiction (mit Haft und Feſſeln) iſt geblieben[4]). Sogar haben neue Geſetze auch noch in anderen Fällen legis actio per manus injectionem eingeführt, theils ganz dieſelbe, wie bey der judicati a. (pro *judicato* manus inj.) theils non pro judicato, welche man. inj. *pura* genannt wurde[5]). Ferner kömmt wenigſtens bey denen, welche nicht judicatum faciunt, mit Inbegriff der confessi, das addicere und ducere nicht nur vor den Juliſchen Geſetzen fortwährend und als anerkanntes Recht, nicht mißbrauchsweiſe vor[6]), ſondern auch in der Folge, obwohl es dann nicht mehr in Form einer legis a. erwirkt wurde, und inſofern hier noch nicht beſprochen werden kann, vgl. §. 75 ff. Bey welchen Actionen

---

AUT IN NERVO TENERETUR: PECUNIAE CREDITAE BONA DEBITORIS, NON CORPUS, OBNOXIUM ESSET. Ita nexi soluti, *cautumque in posterum, ne necterentur*. D. h. „Keiner, als wer ſich noxae causa mancipirt hatte, ſoll jezt mehr in ſeinen Feſſeln bleiben u. inskünftige ſollen um geborgten Geldes halber nur Vermögensſtücke nicht mehr die Perſonen ſelbſt verpfändet werden können. Dieſer Rogation zufolge ſind nun auch wirklich die gegenwärtigen nexi entlaſſen, und iſt für die Zukunft ſanctionirt worden, daß die Eingehung des nexum unzuläſſig ſey", (ne necterentur; denn „quodcunque per aes et libram geritur *necti* dicitur", Fest. v. nexum). Im Ganzen iſt dieſes ſchon die Erklärung von Salmaſius.

4) S. auch noch §. 76—78.

5) Gaj. IV. 22, 23.

6) Cic. de or. II. 63. pro Flacc. 20 fin. L. Gall. Cisalp. c. 21. Val. Max. VII. 6 nr. 1, auch Sall. Catil. 33 (die lex, welche hier verlangt wird, iſt eine vorübergehende, die, wie auch ſonſt oft geſchehen, die vorhandenen Schuldcontracte ganz oder theilweiſe aufheben ſoll). Auch wer publico judicio zu litis aestimatio oder zu einer mulcta condemnirt worden, mußte das duci jubere u. die vincula befürchten, ſ. §. 76. Not. 9) u. 10). — Vgl. ferner Terent. Phormio II. 1, v. 20 u. daſ. Donat.: „Obaerati quum solvendo non essent, ipsi manu capiebantur", u. auf ihre Auslöſung durch einen Dritten geht das: prove quo datum dopensumve est, erit" in Tab. Her. II. l. 41. S. ed. Dirks. p. 113, ſo wie bey Sen. benef. III. 8: „qui pecuniam pro addicto dependeret."

Digitized by Google

aber leg. a. p. man. inject. forthin eintreten soll, das scheint in der Aquilia lex (vom J. 465) genau bestimmt worden zu seyn[7]). Aus den 12 Tafeln ist die judicati a. aufgenommen worden, und die damni injuriae a. ist nun neu hinzugekommen, bey andern Delicten soll sie vielleicht wegfallen. Beym Furtum ist durch prätorisches Edict die quadrupli an die

---

7) Die Handschrift des Gajus hat „l. aq'lia", p. 195, l. 16. Göschen liest: „lege aliqua", was Dirksen XII T. S. 240, Not. 308) billigt. Aber „lege Aquilia" ziehen vor Schrader (Heid. Jahrb. v. 1823, S. 962), Savigny, Hugo (Rg. S. 332, Not. 5)) u. Hefftter (ad Gaj. IV, 21, p. XII), was wieder von Unterholzner in Tüb. kr. Ztschr. IV. S. 210, und von Schilling Bemerkungen üb. R. Rtsg. S. 94 bezweifelt wird. Für die ohnehin schwerere und der Hdschrft gemäße Lesart spricht aber nicht nur, daß die aus den Streitigkeiten der Patricier u. Plebejer hervorgegangene lex Aquilia (Theoph. IV. 3, §. 15) die Verlezzungen, deren sie gedenkt, allerdings durch ein schnelles u. promptes Verfahren rügen konnte, sondern daß dem gesezlichen Ausdruck damnas esto (L. 2 pr. L. 27 §. 5 D. ad leg. Aquil.) das damnatus im Klagformulare zu entsprechen scheint, welcher Ausdruck aber auch wieder im Testamente vorkömmt (damnas esto dare); so daß aus dem auf certa pecunia gerichteten Damnationslegate gleichfalls per manus injectionem geklagt worden seyn mochte. Denn Gajus (IV, 21) spricht nur beyspielsweise (*velut* judicati), u. die Gleichstellung des auf Geld gerichteten Damnationslegats mit dem Judicate zeigt sich auch darin, daß Beydes, ohne per aes et libram entstanden zu seyn, per aes et libram gelöst wurde, Gaj. III, 173, 175, ja bey Liv. VI, 14 steht das manum injicere mit dem libra et aere liberare in einer bestimmten Verbindung. Da Gajus auch davon nur beyspielsweise spricht, so konnte wiederum für die legis Aquiliae obligatio dasselbe gegolten haben. Wenigstens correspondirt die durch das zweyte Cap. der l. Aquilia begründete Klage der depensi actio, die gleichfalls durch manus injectio geltend gemacht wird (Gaj. IV. 22), u. wohl auch durch aes et libra entkräftet werden mochte. Grade diese 4 Klagen aber judicati, depensi, legis Aquiliae u. aus dem auf ein Certum gerichteten Damnationslegate beweisen ihre Verwandtschaft auch dadurch, daß sie allein es sind, bey welchen lis inficiando crescit (§. 179).

Stelle der addictionis poena getreten[8]). Nach der lex Aquilia[9]) haben aber auch noch andere leges theils pro judicato, theils puram manus injectionem eingeführt. Nach der Analogie des im Formularprozeß üblichen Ausdrucks könnte man jene eine utilis judicati actio nennen. Die pura man. injectio unterſcheidet ſich durch die Befugniß des Beklagten, die legis actio auch ſeiner Seits, alſo ohne vindex, durchzuführen[10]). Eine pro judicato manus injectio hat noch eingeführt die Publilia lex für die depensi actio, die Furia für die actio de sponsu, und viele andere nicht ſpeciell genannten leges[11]). Eine pura hat eingeführt die lex Furia testamentaria[12]), und die Marcia lex, welche Rückgabe der wucheriſchen Zinſen fodert, und andere[13]). Endlich aber hat eine lex bey jeder manus injectio die Selbſtvertheidigung geſtattet, ausgenommen bey judicati und depensi actio. Hier allein iſt die manus injectio nicht zur pura geworden[14]), und dabey iſt es hier wie dort geblieben, bis die Juliae leges die manus injectio als ſolche völlig abgeſchafft haben[15]).

8) Gell. XI. c. ult. Gaj. III. 189.

9) „Postea" u. ſ. w. ſagt Gaj. IV. 22. Es läßt ſich nicht einſehen, warum, wenn man lege Aquilia lieſt, die hier genannten leges älter als die l. Aq. ſeyn müßten? wie Göſchen bemerkt. — Ob es übrigens vorher ſchon eine *pura* manus inj. gegeben, iſt ungewiß; war es der Fall, wie das Hefftter von der Marcia lex glaubt, ſo kann es auch ſeyn, daß die lex Aquilia auf dieſe manus inj. keine Rückſicht genommen. *Heffter* p. 16.

10) Es hieß in der Formel ohne den Zuſaz pro judicato ſchlechtweg: „*ob eam rem* (nämlich der zuvor genannten) *ego tibi* (gewiß gleichfalls mit wiederholter Angabe der Summe) *manum injicio.*" Gaj. IV. 22—25.

11) Gaj. IV. 22.

12) Obwohl man in forma legis Furiae den Ausdruck pro judicato eingefügt habe, der doch in der lex ſelbſt fehle, ſagt Gaj. IV. 24 fin.

13) Gaj. IV, 23, 24 init. 14) Gaj. IV. 25.

15) Gaj. IV. 25 f. mit 30 u. 31. Dirkſen Verſuche, S. 130—132. Vgl. ob. §. 35.

Digitized by Google

§. 48.

Pignoris capio.

Wie die manus injectio ein liquides Schuldrecht durch Zugriff auf die Person, so verwirklicht die pignoris capio ein solches durch Pfändung einer Sache, welche sodann der Zahlungspflichtige (wie der addictus sich selbst) auslösen mußte[1]). Selbst außergerichtlich, und zum Theil in des Gegners Abwesenheit, war dieses mit gewissen Formeln (certis verbis) zu bewerkstelligende Pfänden gestattet[2]), in den Fällen nämlich, in welchen theils blos durch mores, theils aber auch durch leges, und namentlich in den 12 Tafeln, eine pignoris capio begründet ist[3]). Es hängt mit uralten Einrichtungen des römischen Staats zusammen, daß gewissen Personen ein equus publicus ausgerüstet, oder vielmehr Geld zur Anschaffung (aes equestre) und zur Fourage (aes hordearium) von Staatswegen zugewiesen wurde[4]). Es sind deshalb die reichen viduae und orbi besteuert worden, welche durch keinen pater familias im Census repräsentirt, doch ebenfalls an den allgemeinen Lasten Theil nehmen mußten[5]). Für solches Geld galt Pfändungsrecht (moribus rei militaris)[6]),

1) Arg. Gaj. IV. 32 vgl. mit IV. 29.

2) Gaj. IV. 29. 3) Gaj. IV. 26—28.

4) Liv. I. 43. — Gaj. IV. 27. Fest. v. Equestre aes u. v. Hordiarium aes.

5) Liv. l. c. nennt blos die viduae: „Ad equos emendos dena milia aeris ex publico data, et, quibus equos alerent viduae attributae, quae bina milia aeris in annos singulos penderent.“ Aber *viduam* non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisset, appellari ait Labeo“, L. 242 §. 3 de V. S. u. L. 101 eod. Daß ferner auch die Waisen hieher gehören, ergibt sich aus Cic. de rep. II. 20, wonach es der römischen Einrichtung zum Vorbilde gedient, daß die Corinthier den Rittern die Dienstgelder auf reiche Wittwen u. Waisen angewiesen, Niebuhr Bd. 1, 2te A., S. 488 fg., 3te A., S. 519 fg.

6) Gaj. IV. 27.

Digitized by Google

es ſcheint jedesmal gegen die Perſon, an welche der einzelne eques gewieſen war, ſowie gleichfalls blos durch Sitte beym Sold der Soldaten überhaupt pignoris capio gegen den tribunus aerarius, gegen den „qui aes tribuebat", begründet war[7]). Das leztere war ſo gewiß erſt nach, wie das erſtere ſchon vor den 12 Tafeln aufgekommen, in welchen die pignoris capio[8]) in anderer, nämlich religiöſer Beziehung ihren Siz hat[9]), und zwar in einem ſpeciell bezeichneten Falle eines Kauf- oder Miethcontracts[10]). Durch eine vielleicht nur censoria lex[11]) iſt den publicanis die pignoris capio wegen Steuerrückſtände geſtattet[12]), und eine auf Fiction dieſer legis a. beruhende formula iſt ihnen auch noch zu Gajus Zeit gegeben worden[13]). Nähere Nachrichten über den Untergang der ohnehin nur in ſpeciellen militäriſchen, prieſterlichen und fiscaliſchen Fällen vorgekommenen leg. a. p. pign. cap. beſitzen wir nicht.

---

7) Gaj. IV. 27 (daß ſo, wie der Text angibt, nicht qui distribuebat, zu leſen, bemerkt Niebuhr). Gell. VII. 10.

8) S. auch L. 238 §. 2 de V. S.

9) Es kann nämlich nicht bezweifelt werden, daß der Sold der Soldaten erſt ſpäter aufgekommen, Liv. IV. 59. Dennoch haben die Ordnung des Gajus als eine chronologiſche zu retten geſucht Hugo Rg. 8te A., S. 220 mit Not. 6), 10te A., S. 279. Schrader Heid. Jahrb. v. 1823, S. 649. Umgekehrt nur auf ſpätere mores bezieht den §. 27 bey Gajus: Wenck in Leipz. Litt. Zeit. 1823, nr. 24 a. E., u. es ſcheint auch Dirkſen XII T. S. 706, Not. 721 a.

10) Gaj. IV. 28.

11) Weil eine ſolche überhaupt die Quelle von Bevorrechtungen u. Verpflichtungen der Steuerpachter iſt, L. 203 D. de V. S. Varro de R.R. II. 1. Cic. ad Quint. fratr. I. 12. Arg. fragm. de jure fisci, §. 18. Dirkſen Verſuche S. 132, XII Taf. S. 747.

12) Gaj. IV. 28 fin. Cic. Verr. III. 11.

13) Gaj. IV. 32.

Zweyter Titel.
Die formulae.

§. 49.
Einleitung.

Aus dem zusammenwirkenden Einflusse des bey den legis actiones und des im Streite mit Peregrinen üblich gewesenen Verfahrens, ist das Verfahren durch schriftliche Instruirung eines judex von Seiten des Magistrats, und sind die verschiedenartigen Weisen der Conception einer solchen Formel hervorgegangen, s. §. 33. Durch diese formulae wird einerseits die streitige Thatfrage festgestellt, die hernach in judicio ermittelt werden soll, und andererseits der Richter auf den alsdann zur Anwendung kommenden Rechtspunct verwiesen. Sie ist also selbst schon ein (durch die Wahrheit des behaupteten Factums) bedingtes Urtheil. Sind die Parteyen schon in jure über keine auf die Entscheidung influirende Thatsache uneins, so kann ein judicium nicht eröffnet, und also auch eine formula nicht concipirt werden. In dem Baue dieser Formeln sind die Hauptbestandtheile, partes, welche nur durch den Klagantrag veranlaßt werden, von den adjectiones zu unterscheiden; diejenige pars, welche die Grundlage des ganzen Anspruchs enthält, und daher den durchaus wesentlichsten Theil der Formel ausmacht, heißt intentio, und characteristisch ist im Formularprozesse, daß der Richter immer nur auf Geld zu condemniren angewiesen wird, §. 52 fgg. Es sind nach und nach, je nach Verschiedenheit der Rechtsansprüche, auch der formulae sehr viele entstanden, theils noch den legis actiones nachgebildete, theils selbstständige (sua vi ac potestate), oder an einander selbst sich anschließende [1]). Sie wurden, wie die actiones selbst, auch im Voraus in albo publicirt [2]). Und so wie es

1) Gaj. IV. 10, 32, 33, 34. 2) Cic. Verr. III. 65.

Digitized by Google

die Wendung eines Edictes mit sich bringen konnte, daß der Prätor seiner selbst darin gedachte, als Urheber oder als der, welcher das Edict wieder aufgenommen, z. B. „quorum bonorum ex edicto *meo* illi possessio data est“ [3]), so wird auch in den auf ein Edict Bezug nehmenden Formeln der Name des edicirenden Prätors genannt, z. B. „si p. illum patronum ab illo liberto contra edictum *illius* praetoris in jus vocatum esse“ u. s. w. [4]). Sache der Parteyen ist es aber, unter den an sich zuständigen Formeln zu wählen, und auf jede an sich zulässige Conception anzutragen (§. 113), und es kann eine unzweckmäßige Wahl oder ungünstige Conception ein causa (formula) cadere, welcher Ausdruck eigentlich den Prozeßverlust in Folge eines formellen Fehlers bezeichnet [5]), oder andere Nachtheile zur Folge haben. Darum war den Parteyen hier die Hülfe der Rechtsgelehrten vorzugsweise Bedürfniß [6]). Von Paulus war ein liber de conceptione formularum geschrieben worden. Ohne formula konnte vor dem Judex nicht verfahren werden, und nur extra ordinem geschah es, daß bey obwaltendem Streit über Thatsachen der Magistrat die Sache beendigte. Im späteren Prozesse, namentlich unter den christlichen Kaisern, war der Magistrat selbst auch der Judex, und es fiel conceptio

---

3) L. 1 pr. D. quor. bonor. — Cic. pro Quint. 27: „Qui ex edicto *meo* in possessionem venerint.“

4) Gaj. IV. 46: „... contra edictum *illius* praetoris — —.“ Cic. pro Quint. 8: „Si bona sua ex edicto *P. Burieni* praetoris dies XXX possessa non essent.“ Cic. ad div. VII. 21: Ni bonorum Turpiliae possessionem *Q. Caepio* praetor ex edicto suo mihi dederit.“ Vgl. *Ed. Huschke* de caussa Siliana, ad Cic. ep. ad div. VII. 21. Rostoch. 1824. 4. p. 15.

5) S. z. B. Gaj. IV. 68. — Cic. de inv. II. 19. Quinct. I. O. III. 6 §. 69. Cic. pro Mur. c. 4. Die zahlreichen, mehr oder minder bestimmten Stellen hat gesammelt Keller über Litisconteſt. S. 502—506. *Lite cadere* kömmt vor bey Festus v. Liti cecidisse.

6) Cic. Top. c. 17. Cic. pro Mur. c. 4.

Digitized by Google

formularum weg. Man konnte also nun sagen, die judicia seyen (im alten S. des Wortes) extraordinaria geworden, wie es Justinian von seiner Zeit sagt[7]), daher muß den judiciis, wie schon den Behörden dieser Zeit, eine besondere Erörterung gewidmet werden.

Erstes Capitel.
Die Conception der Formeln.

§. 50.
Fictionen der legis actiones.

Unter den anfangs durch legis actiones zu realisirenden Rechtsansprüchen sind manche zunächst nur durch eine jenes Verfahren fingirende formula (quae ad legis actionem exprimitur) klagbar geworden. Sie instruirt den Judex, auf die Summe Geldes zu condemniren, auf welche er, wenn die oder jene legis a. eingetreten wäre, condemnirt haben würde. Um von solchen Formeln ein Bild zu geben, hat Gajus von den legis actiones selbst gehandelt[1]). Aber was er alsdann von den auf Fictionen dieser Art beruhenden Formeln selbst sagt, ist unlesbar geworden, bis auf den

7) §. 8 I. de interd. (4, 15) . . quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia). — In L. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5) werden Paulus die Worte in den Mund gelegt: „nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur, *quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est.*“ Die Interpolation hat man längst bemerkt. *Wissenbach* emblemata Triboniani. *Schulting* ad Paul. I. 4 not. 22, und die dort angef. Schriftsteller. — Mühlenbruch Cession, 2te A., S. 167 fgg. Savigny in Ztschrift f. gesch. Rw. Bd. 5, S. 20, Not. 27).

1) Gaj. IV. 10. Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.

Digitized by Google

Schluß, welcher eine solche den publicanis gegebene, und auf Fiction der pignoris capio beruhende Formel mittheilt[2]). Da unmittelbar darauf die Bemerkung folgt, daß keine formula ad *condictionis* fictionem concipirt worden[3]), so scheinen also allen übrigen legis actiones solche Formeln nachgebildet gewesen zu seyn, und, zum Theil wenigstens, noch zu Gajus Zeit[4]), obwohl wir darüber keine weitere Kunde haben, sofern nicht noch die ältere formula der in rem actiones, die per sponsionem (§. 64), als eine solche Fiction anzusehen ist. Die Nachbildung geschah so, daß der intentio eine die legis a. fingirende Anweisung zu verurtheilen beygefügt wurde, und es gehört also diese Art der Fiction demjenigen Theile der Formel an, welcher condemnatio heißt; wogegen diejenigen formulae, welche diese Verurtheilung geradezu[5]), also lediglich um der intentio willen, anordnen, wenigstens in diesem Sinne nicht fictitiae sind, sondern, wie sich Gajus ausdrückt, sua vi ac potestate gelten. Dahin gehören nicht blos die formulae, mit welchen ein dare oportere, also das gefodert wurde, wozu vorher namentlich das condicere nöthig war, sondern auch unzählige andere[6]), überhaupt fast alle die, von welchen wir in der Folge allein zu sprechen im Stande sind.

§. 51.

Formulae in jus und in factum conceptae. Partes formularum*).

Auch die formulae, welche keine legis actio fingiren, wie

2) Vgl. Gaj. p. 199 u. 200, oder IV, §. 32 mit §. 34 init.

3) Gaj. IV. 33.

4) Vgl. Gaj. IV. 10 u. daß er immer im Präsens spricht, wie „proponitur", „exprimitur."

5) Gaj. IV. 33 . . „eam (rem oder pecuniam) ipsam dari nobis intendimus, nec ullam *adjungimus* (nämlich bey der condemnatio, vgl. IV. 32) condictionis fictionem."

6) Gaj. IV. 33 u. 10.

*) *Dupont* p. 71—80. *Burnouf* p. 17—19. *Heffter* ad Gaj. p. 54 sqq., p. 58 sqq.

Digitized by Google

z. B. eben die auf dare oportere, können dennoch in der Fassung ihrer partes die in der Formel der einzelnen legis actiones vorkommenden Worte enthalten, was bey den aus dem alten Civilrechte herrührenden Klagen durchgängig der Fall gewesen. Es sind nämlich jene partes: die *demonstratio*, die vorgenannte *intentio*, die *condemnatio*, und auch die *adjudicatio*[1]). Die demonstratio definirt Gajus als den Theil der Formel, welcher die Thatsache angibt, auf welcher die Entscheidung des Rechtsstreits beruht[2]), die intentio als den Theil, welcher den Rechtssaz ausspricht, der sich als Folge der factischen Behauptung des Klägers ergibt[3]), die „juris contentio[4])". Die adjudicatio gibt dem Richter, wo es nöthig ist, die Befugniß zu adjudiciren, z. B. bey Theilungsstreitigkeiten[5]), und mit der condemnatio schließt die Formel. Sie ist es, welche den Richter zu verurtheilen oder freyzusprechen bevollmächtigt[6]), mit der condemnandi ist nämlich immer auch die absolvendi potestas und umgekehrt verbunden[7]). Die so definirte, die Berechtigung selbst in Anspruch nehmende intentio findet sich aber nur bey Civilklagen, Gajus nennt sie selbst juris civilis intentio[8]), und die Formel mit solcher intentio heißt *in jus* concepta, *in factum* aber die, in welcher „nulla *talis* intentionis conceptio" ist, vielmehr nur das Factum[9]) angegeben wird, welches

1) Gaj. IV. 39. Hugo S. 584 fg.

2) Gaj. IV. 40 . . „ut demonstretur res, de qua agitur." Beyspiele noch IV. 47 init., 136, 137.

3) Gaj. IV. 41, 35 f. Beyspiele: Cic. Verr. II. 12. pro Rosc. C. c. 4. L. Gall. Cisalp. I. l. 26, 35 sq. Val. Max. VIII. 2 nr. 1. Gaj. IV. 34 f., 47 init.; 86, 131 (p. 233, l. 2—4).

4) Gaj. p. 209, l. 18. 5) Gaj. IV. 42.

6) Gaj. IV. 43.

7) L. 3 D. de re jud. (42, 1). L. 37 D. de R. J. (50, 17).

8) Gaj. IV. 45.

9) Nach *Dupont* p. 71—78 würde durch *in factum* f. der Richter zunächst auf Prüfung der Thatsache, durch *in jus* conc. f. aber auf die Bestimmung dessen, was nach Recht und Gesez zu leisten

Digitized by Google

der Rechtsfrage zu Grunde liegt [10]). Eben dieſes Factum aber, alſo dasjenige, was bey den in jus conceptis formulis einleitungsweiſe unter dem Namen der demonstratio der intentio vorangeht, iſt hier gerade die intentio ſelbſt [11]),

---

ſey, verwieſen. S. dageg. Mühlenbr. Ceſſion, 2te A., S. 147 fg. Not. 250).

10) Gaj. IV. 45, 46, 47, 60 med. (p. 209, l. 16 sqq.). Gajus ſagt nicht, daß dieſe Angabe des Factums intentio heiße, ſondern in factum conceptae ſeyen die formulae, bey welchen *initio formulae nominato eo, quod factum est*, adjiciuntur ea verba" u. ſ. w., nämlich die, welche die condemnatio bilden. So könnte man alſo dieſelben definiren wollen, als Formeln, welche ohne *intentio* ſogleich von der demonstratio zur condemnatio übergehn, wie ich in den (Berl.) Jahrb. f. wiſſ. Critik v. 1827, S. 973 fgg. wirklich gethan hatte. Allein, wie Keller über Litiscont. S. 248 fgg. Not. nachweiſt, Gajus ſelbſt ſchreibt der in factum form. eine intentio zu, theils p. 210, l. 1, theils dadurch, daß er IV. 60 auch bey in factum concipirter Formel eine pluris petitio begehen läßt, die, wie er ſelbſt ſagt, nur durch die intentio begangen werden kann, ſ. §. 178, ſo wie auch L. 1 C. si pign. conv. (8, 33), L. 1 C. de non num. pec. (4, 30) bey einer in factum conc. Formel (der hypothecaria) der intentio gedenken. Es kömmt hinzu, daß die formulae mit bloßer intentio auch oft nur irgend ein Factum ausſprechen, vgl. §. 69.

11) S. die vor. Note. Keller drückt ſich ſo aus, Gajus habe ſeiner Definition nur die materielle Bedeutung der Worte demonstratio und intentio zu Grunde gelegt, aber formell ſey demonstratio die kurze Einleitung zur Hauptinſtruction, intentio dieſe ſelbſt, oder der Punkt, welcher den weſentlichen Gegenſtand der Unterſuchung ausmachen müſſe — bey jener Definition habe Gajus blos die formulae in jus conceptae vor Augen gehabt, während ſie mit Rückſicht auf die gewiß jüngeren in factum conc. erweitert werden mußte. Und allerdings hat Gajus blos mit Rückſicht auf die in jus conc. formulae definirt, aber auch da nur gab es eine demonstratio, welche bey den in factum conc. Formeln mit der intentio zuſammenfällt, oder, wenn man lieber will, wegfällt; denn „*initio* formulae" ſteht das Factum, welches die intentio ausmacht, u. an welches ſich unmittelbar die condemnatio anſchließt. So zeigen es auch alle Beyſpiele von in factum concipirten Formeln.

so daß es folglich bey den in factum concipirten Formeln gar keine demonstratio gibt[12]), womit nicht geleugnet werden soll, daß hin und wieder eine modificirende praescriptio (§. 55) vorangehn könnte.

§. 52.

Fassung der partes formulae.

Si paret, oder *quidquid paret* u. s. w. ist die Wendung, mit welcher die juris civilis intentio, also wenn etwa die demonstratio fehlt (§. 53) die formula selbst beginnt. Mit *si paret* oder auf ähnliche Weise[1]) fängt auch die in factum formula an, eben weil hier das Factum selbst als intentio concipirt wird, während es bey der in jus concipirten Formel in einer von der intentio verschiedenen demonstratio vorangeht[2]). Das den legis actiones ihrer Natur nach fremde *si paret*[3]), oder überhaupt diese im Namen der Partey gegebene Instruction ist dagegen wohl gerade bey den Streitigkeiten der Peregrinen vorgekommen, und indem man die Worte, mit welchen bey der legis a. die Parteyen selbst ihre Berechtigung aussprechen, nunmehr auf jene indirecte Weise concipirte, so ist eben dadurch der intentio genannte Theil der Formel entstanden. Denn aus *ajo te mihi dare oportere* ist ein *si paret N. Nm. A. Ao. dare oportere*, aus *ajo hanc rem* u. s. w. *meam esse* ein: *si paret, hanc rem Titii esse* entstanden, und das *si paret, dare facere oportere* mit gewissen auf die aequitas verweisenden Zusätzen, ist offenbar aus ähnlichen bey der judicis postulatio gebrauchten Ausdrücken

12) Vgl. Not. 11) u. *Heffter* ad Gaj. p. 55. Gajus sagt das ausdrücklich, wenn nach Göschens Vorschlag p. 209, l. 20 sq. zu lesen ist: in ea vero, quae in factum concepta est.

1) Z. B. bey Cic. pro Tullio, c. 7 ed. H.: „*quantae pecuniae paret*" u. s. w.

2) Vgl. die in den §. 51 angef. Stellen enthaltenen Formeln.

3) Durchgängig erscheint das parere als der solenne Ausdruck in den vom Magistrate concipirten Formeln, s. schon Petron. Sat. 137 u. das. *Erhard*, u. jezt so oft bey Gajus. *Huschke*, p. 109.

Digitized by Google

hervorgegangen, vgl. §. 42, so wie offenbar auch das (z. B. pro fure) *damnum decidere op.* [4]), als die juris civilis intentio bey Pönalklagen [5]), auf eine Formel des alten Prozesses zurückgeführt werden muß [6]). Der in den Formeln der legis actiones zuvor angegebene factische Klaggrund, z. B. bey vindicatio das, worauf sich das sicut dixi bezieht, bey manus injectio die Worte: *quod tu mihi judicatus* u. s. w. ist zu der ebenfalls mit *quod* anfangenden demonstratio geworden. So mögen also gerade bey den noch in den Hauptbestandtheilen den legis actiones nachgebildeten formulis in jus conceptis die Begriffe demonstratio und intentio und ihre Definition entstanden seyn. Dagegen in den aus den judiciis der Peregrinen hervorgegangenen in factum conc. formulis wurde sogleich die bloße Angabe des Factums selbst als Klaggrund (mit si paret) concipirt, und so zur intentio gestaltet. — Was die anderen partes betrifft, so ist adjudicatio die Anweisung zu dem auch bey den legis actiones vorgekommenen adjudicare, und zunächst auch nur bey den in jus conceptis formulis, da es bey allen imperio continentibus judiciis nicht ipso jure anwendbar war, s. §. 34. Endlich die condemnatio ist ein wesentlicher Bestandtheil einer jeden Instruction, bey welcher es zu irgend einer Leistung kommen soll (denn s. §. 69), und das bey den legis actiones gleichfalls vorgekommene damnare auf Geld, wie die auf solche Verurtheilung gegründete judicati actio beweis't, und überhaupt die ganze leg. act. p. man. inject. hat der Fassung der zum damnare oder absolvere instruirenden pars formulae zum Vorbilde gedient. Nämlich „omnium formularum" (sie mögen in jus oder in factum concipirt seyn), „quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est," auch da, wo ehemals, d. h. bey den legis actiones, auf Leistung der fraglichen Sache selbst erkannt worden ist [7]). Ob übrigens der

4) Gaj. IV. 37, 45. L. 61 §. 1, 2, 5 D. de furt. (47, 2).

5) *Huschke* p. 376.

6) Vgl. §. 46, Not. 12). 7) Gaj. IV. 48.

Digitized by Google

Magiſtrat ſchon die Summe ſelbſt in der Formel angibt (*Sest.* x. *M. condemna)*, oder nicht *(quidquid* u. ſ. w. *paret, id condemna* oder *quanti res erit condemna)*, das hängt von der Conception der vorangegangenen Theile ab [8]). Neben dem *condemna* oder *condemnato* darf aber auch die umgekehrte Anweiſung: si non paret, *absolve* od. *absolvito* [9]) nicht weggelaſſen werden [10]); denn condemnatio est ea pars formulae, qua judici condemnandi *absolvendive* potestas permittitur [11]).

§. 53.

Das wechſelſeitige Verhältniß der partes.

Aus der Entſtehungsgeſchichte der formulae überhaupt und ihrer einzelnen Beſtandtheile, wie ſie bisher geſchildert worden, ergibt es ſich von ſelbſt, daß dieſe mit und nach der lex Aebutia ſchon alle vorhanden waren, wie ſie denn insbeſondere bey Cicero ſämmtlich vorkommen, wenn es auch für die ohnehin ſeltnere adjudicatio nicht nachgewieſen werden kann. Dieſe beſchränkt ſich auf Auseinanderſetzungen, bey welchen übrigens auch condemnatio neben adjudicatio nöthig werden konnte, oder mit derſelben vielleicht immer verbunden ſeyn mußte [1]). Daraus aber, daß die condemna-

---

8) Beyſpiele ſ. bey Gaj. IV. 43, 46, 47, 50, 51, 86. S. unt. §. 56, 57.

9) Gaj. IV. 43, 46, 47, 50.

10) Zwar hat man — ſo Göſchen wie Hefftter — bey Gaj. IV, 43 fin. alſo geleſen: „condemnato et reliqua, ut non adjiciatur: *si non paret absolvito.*“ Eben dieſe Worte: s. n. p. a. beruhen aber auf bloßer Conjectur, die ſchon darum unrichtig ſeyn muß, weil Gajus durch die Worte *et reliqua* offenbar nur auf jenen Schluß der Formel hinweiſen will. Dieſes u. welches dagegen die richtige Lesart ſey, hat G. F. Puchta im Rh. Muſ. f. Jur. III. 1, S. 80 fg. überzeugend nachgewieſen.

11) Gaj. IV. 43.

1) Gaj. IV. 42. §. 20 I. de actt. (4, 6). §. 4, 5, 6 I. de off. jud. (4, 17). — L. 2 f. D. fin. reg. (10, 1), u. ſ. w.

Digitized by

tio durchaus auf Geld gehen soll [2]), scheint zu folgen, daß zunächst nur für persönliche Klagen, die daher anfangs auch allein actiones hießen [2a]), die formulae entstanden waren. Sie sind auch so wenig geeignet, den an eine Person, nicht an die Sache selbst gemachten Ansprüchen zu genügen, daß sie auf dingliche Klagen nur auf einem künstlichen Umweg anwendbar zu machen waren [3]). Denn an sich entspricht der weder auf eine Leistung noch gegen irgend eine Person, sondern blos auf das meum esse gerichteten intentio bey in rem actiones keineswegs eine condemnatio, die eine gewisse Person zur Zahlung anweis't. Hingegen bey persönlichen Klagen tritt höchstens die Differenz ein, daß auf Leistung einer Sache intendirt, und auf Erstattung ihres Werthes condemnirt wird [4]). Eher ließe sich eine frühere Entstehung der nur in einer intentio bestehenden formulae denken, der praejudiciales, wie sie eben darum heißen, weil dadurch vorläufig blos ein Rechtsverhältniß oder eine Thatsache richterlich festgestellt werden soll, wovon man späterhin den geeigneten Gebrauch machen will [5]). Demonstratio, oder condemnatio, oder adjudicatio aber können nicht allein stehen [6]), jedoch intentio und condemnatio ist schon hinreichend, nämlich

2) S. darüber Hugo, S. 585, Z. 17 fgg.

2 a) L. 28 D. de O. et A. (44, 7). L. 178 §. 2 de V. S. *Huschke* in Anal. p. 140.

3) Vgl. unt. §. 64. — Hollweg in Ztschr. Bd. 5, S. 380. *G. J. Ribbentrop* Comm. ad L. 16 §. 5 D. de pignorib. et L. 9 § 1 D. de except. rei jud., Gott. 1824, 4. p. 10, not.

4) Keller S. 211 fgg.

5) Gaj. IV. 44. Theoph. IV. 6, §. 13. Vgl. unt. §. 69. Theophilus hat sich über diesen Begriff viele Vorwürfe machen lassen müssen, s. d. Not. bey Reitz, was allerdings natürlich war, da man selbst den wahren Begriff von intentio erst durch Gajus gelernt hat. Dennoch hat schon *Cujac.* Obss. XVIII. 23 sub f. das Richtige gesehen.

6) Vgl. überh. Gaj. IV. 44, wo aber der Abschreiber am Ende offenbar in Verwirrung gerathen. Die verschiedenen Heilsvorschläge s. in Göschens u. Hefftters Editionen. Vgl. *Hefftter* Obs. XIII.

Digitized by Google

bey in factum formulis, wo die int. die demonstratio mit einschließt, aber auch bey in jus concipirten kann es der Fall seyn. Denn sind sie dinglich, so wird der Grund, also überhaupt das Factum gar nicht angegeben, auf welchem das behauptete meum esse beruht [7]), sind sie persönlich, so pflegt der auf ein certum, wenigstens der auf certa pecunia gerichteten intentio unseres Wissens gleichfalls eine demonstratio nicht voranzugehen [8]), da der Grund des Anspruchs nicht angegeben zu werden braucht [9]), wogegen die incerta intentio eben erst durch die demonstratio ihre gehörige Bestimmt-

7) Die Obligation nämlich ist eine verschiedene, je nach der verschiedenen Entstehungsart, „singulas obligationes singulae causae sequuntur", aber das dingliche Recht wird kein anderes durch die Verschiedenheit der Erwerbsart, „neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest", L. 14 §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2). Daher hier „omnes causae una petitione adprehenduntur" L. 14 §. 2 cit. u. die anzustellende in rem actio umfaßt also das ganze Recht ohne Rücksicht auf den Grund der Entstehung, so daß die Klage nicht aus Rücksicht auf verschiedene Entstehungsgründe mehrmals wiederholt werden kann, L. 11 pr. §. 1, §. 5, L. 30 pr. D. eod., nur daß nachherige Erwerbung die exc. rei judicatae allerdings ausschließen muß, L. 11 §. 4, 5 D. eod. Indessen hat man bisher geglaubt, man habe auch „expressa oder adjecta causa", d. h. mit Berufung auf einen bestimmten Erwerbungsgrund klagen, und dadurch in Bezug auf jeden anderen Entstehungsgrund der exc. rei jud. vorbeugen können, und zwar wegen L. 11 §. 2, L. 14 §. 2 D. eod. S. Keller S. 287—291. Allein die Unrichtigkeit dieser Meinung hat G. F. Puchta im Rhein. Mus. f. Jur. II. 3, S. 251 fgg. dargethan. Die richtige Interpretation der lezten Stellen s. S. 258 und S. 268—270.

8) Gaj. IV. 41 mit 43, u. IV. 34 f. — Gaj. IV. 86. — Cic. Verr. II. 12. — Keller S. 247, Not. 12).

9) Das ergibt sich aus Cic. pro Rosc. C. c. 4, wo die Frage: ob aus der numeratio, expensilatio oder stipulatio ein dare op. gefodert werde, nicht aufgeworfen werden konnte, wenn es schon die Formel an die Hand gab, *Hefster* p. 70. Damit soll freylich nicht geleugnet werden, daß auch mit Angabe des Grundes geklagt werden konnte, also etwa so: „si paret N. Nm. Ao. Ao. sest. X.

Digitized by Google

heit erhalten kann [10]). Hier pflegt die demonstratio auch erst noch durch designatio des Streitobjects, nämlich durch ein auch sonst gebrauchtes, und im Grunde überflüssiges [11]) *qua de re agitur* in Verbindung zu treten mit der mit *quidquid ob eam rem* beginnenden, auf dare facere oportere gerichteten [12]) intentio [13]). Bey in factum formula, wo die Unterscheidung einer certa oder incerta *intentio* gar nicht hervortritt, gehört das designare zur intentio [14]), und ebenso auch bey den in rem conceptis, deren intentio auf keine Leistung, also wiederum weder auf certum noch incertum gerichtet ist. Blos demonstratio mit condemnatio findet sich nicht [15]).

§. 54.

In factum und utiles actiones *).

Da die formulae in jus conceptae civilis intentio haben

milia *ex stipulatu* (*ex testamento* etc.) dare op." So ist bey Gaj. IV, 55 davon die Rede: „si quis *ex testamento* dari sibi intenderit, cui ex stipulatu debebatur. Arg. L. 18 D. de O. et A. (44, 7), u. Quinct. IV. 2 nr. 6: „Satis est dixisse, certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento."

10) Z. B. Gaj. IV, 136.

11) Schon Cic. pro Mur. c. 13 spottet darüber.

12) Gaj. IV. 60: „In ea formula, quae in jus concepta est, initio res, de qua agitur, demonstretur, tum designetur, deinde inferatur juris contentio his verbis: *quidquid ob eam rem illum mihi dare facere oportet.*" Gaj. IV. 131: „formula, qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est: *quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet.*"

13) Vgl. dazu die Formel bey Gaj. IV. 47 und L. Gall. Cisalp. I. l. 23 mit l. 26, 30, 32, 33, 39.

14) Gaj. IV. 60 sub fin. — S. L. 14 §. 3 quod met. caus. (4, 2). L. 1 §. 40, 41 depos. (16, 3). L. 19 D. de furt. (47, 2). L. 7 pr. de injur. (47, 10).

15) *Heffter* p. 59 glaubt, daß bey den Theilungsklagen die intentio fehle. Aber sonach würden sie weder in jus noch in factum conceptae seyn! ferner wie könnten sie zu den bon. fidei actiones gehören (§. 63)?

*) *Chr. Fr. Ge. Meister* de in factum actionibus, in opusce.

Digitized by Google

(§. 51), so folgt von selbst, daß die formulae aller nur im jus honorarium gegründeten Klagen in factum concipirt seyn mußten [1]), aber freylich nicht das Umgekehrte. Es konnte also allerdings auch civiles actiones mit in factum formula geben, und gewiß ist auf jeden Fall, daß das prätorische Album sogar zum Voraus für manche Civilklagen doppelte, nämlich sowohl in jus als in factum concipirte formulae proponirt hat [2]). Das ist zum Theil darum geschehen, damit auch für diejenigen, welchen nur eines alten civilrechtlichen Grundsatzes wegen kein Klagrecht zusteht, wenn auch nicht für Peregrinen, aber doch für Haussöhne [3]), oder wer sonst in fremdem jus steht, eine solche actio wirksam, zulässig, *utilis* werden könne. Es ist das ein Mittel, dessen sich der Prätor bald ohne Zweifel auch da, wo in factum formula nicht zum Voraus proponirt war, bedienen konnte. Der Ausdruck *utilis* actio aber bezeichnet zunächst, in seiner natürlichen Bedeutung, die in concreto anwendbare, im Gegensatze der inanis actio [4]), in seiner technischen, die in einer größeren Ausdehnung, als ursprünglich der Fall war, zulässige [5]) Klage [6]), und im Gegensatze damit wird die un-

syll. I. — Mühlenbruch Cession, 1. A., S. 117—145. Ed. Gans über Röm. Obligationenrecht, Heidelb. 1819, S. 137—152. Mühlenbr. in Heid. Jahrb. v. 1821. nr. 5, S. 66—69. — Hugo Rg. 10te A., S. 595 fg. Mühlenbr. Cession, 2. A., S. 138—169. *Heffter* ad Gaj. p. 56—58.

1) S. auch Theoph. IV. 6, §. 12. Müh l. Ces s. S. 148, Not. a. E.

2) Gaj. IV. 47 u. 60.

3) L. 13 vgl. mit L. 9 D. de O. et A. (44, 7). Blume in Hugo's Rg., 10te A., S. 585, Not. 6. *Mühlenbr.* Doct. Pand. §. 306, not. 1) u. Cession, S. 148 in der Note. *Heffter* p. 58.

4) L. 24 §. 2 D. de lib. caus. (40, 12). L. 37 mand. (17, 1). L. 30 §. 1 de A. E. V. (19, 1). L. 2 de aestim. (19, 3), u. s. w.

5) Mühlenbr. Ces s. 1. A., S. 118. Gans S. 138 fgg. Jen. L. Z. v. 1821, S. 204 fg. Mühlenbr. Ces s. 2. A., S. 140.

6) L. 21 D. de praescr. verb. (19, 5). Daß man bey utilis a. nicht an eine bestimmte Form denken darf, daß also der Be-

Digitized by Google

ausgedehnte Klage, alſo die nach ihrer urſprünglichen Vorausſetzung zuläſſige, von den römiſchen Juriſten als directa in d. S. bezeichnet[7]). Eine ſolche Ausdehnung können aber auch die urſprünglich in factum concipirten, alſo die ſämmtlichen prätoriſchen Klagen erleiden, und ſo iſt in factum und utilis a. keineswegs ſynonym. Aber wenn die urſprünglich in jus conc. a. gerade durch in factum formula eine ausgedehntere Anwendbarkeit erhält, ſo iſt dieſe in factum (concipirte) actio zugleich utilis[8]), und es wird alsdann durch dieſen Ausdruck auf das Materielle, daß nämlich eine ausgedehnte actio vorliege, und durch jenen auf die Form verwieſen, in welcher die Ausdehnung geſchieht. Die von Anfang an nur in factum concipirten Klagen können freylich auf jene Weiſe nicht utiles werden, und ſelbſt für die in jus concipirten iſt die Umwandlung in eine in factum concip. Formel nichts weniger als die einzige Weiſe der Ausdehnung, obwohl dieſelbe auf der anderen Seite nicht auf den oben angegebenen Fall beſchränkt iſt. So wechſeln die Ausdrücke utilis und in factum legis Aquiliae actio ganz willkührlich da, wo nicht aus Rückſicht auf die Qualität der Perſon als ſolcher, ſondern auf das Rechtsverhältniß, es ſey in objectiver oder ſubjectiver Hinſicht, die Klage außerhalb der durch das Geſez bezeichneten Sphäre

---

griff an ſich ein materieller iſt, das beweiſen ſowohl die verſchiedenen Weiſen, wie eine actio utilis werden konnte, als die große Mannigfaltigkeit der Verhältniſſe, in welchen utiles actiones vorkommen, u. daß auch nach Untergang des judiciorum ordo, und ſelbſt von Juſtinian utiles actiones gegeben worden ſind (z. B. § 34 I. de rer. div.), bey welchen an eine formelle Auszeichnung nicht gedacht werden kann (L. 47 §. 1 D. de neg. gest.)

7) L. 47 §. 1 D. de neg gest. Ueber die verſchiedenen Bedeutungen von directum als Gegenſaz: Mühl. Ceſſ. S. 141 in Not. 237).

8) So wird von den Hausſöhnen auch geſagt, ſie könnten *utili* judicio klagen, L. 18 §. 1 D. de jud. (5, 1).

Digitized by Google

zur Anwendung kömmt [9]). Das erklärt sich vollkommen und allein dadurch, daß die zunächst in jus concipirte legis Aquiliae actio durch in factum formula zur utilis geworden [10]). Und in der That kann man auch nicht mehr in jus (auf die Berechtigung selbst) klagen, sobald man sich nicht auf die Voraussetzungen des Gesetzes, sondern nur auf eine bloße Ausdehnung stützen kann, die wenn nicht auf dem prätorischen Edicte selbst doch nur auf der immer vom Prätor abhängigen Praxis beruht; sowenig wie eine prätorische Klage selbst in jus concipirt werden konnte. Dieses war nur möglich durch fictitia formula [11]), die nämlich den Richter geradezu instruirt, unter der oder jener Voraussetzung so zu erkennen, als wenn das nicht vorhandene Verhältniß wirklich vorhanden wäre [12]). Aber auch hier war es nur ein civiles jus, welches auf diese Weise fingirt worden, so daß also die ei-

9) L. 7 §. 3, 6 L. 9 pr. §. 2, L. 11 §. 8, 10. L. 12, L. 17 pr. L. 29 §. 7. L. 33 f. L. 53 D. ad leg. Aq. (9, 2). L. 17 §. 3 de usufr. (7, 1), vgl. mit Gaj. III. 219 oder §. 16 I. de leg. Aq. (4, 3).

10) Das steht auch noch ausdrücklich in L. 11 D. de praescr. verb. (19, 5): Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur (hier sind blos die neueren Klagen, nicht grade die utiles gemeint). Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest, quod facit in lege Aquilia, *reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae.* Daß aber eben diese legis Aq. a. aus anderen Gründen auch durch eine andere Form zur utilis werden konnte, darüber s. bey Note 15).

11) Ueber diese Fictionen s. bes. Mühlenbr. Cess. S. 153 fgg. Den Ausdruck fictitia formula kann ich nicht nachweisen, zweifle aber nicht, daß er classisch ist. Fictitia actio gebraucht Ulp. XXVIII. 12, u. von diesen „fictiones", nämlich alterius generis als die im §. 50 besprochenen Fictionen der legis actiones, handelt Gaj. IV. 34 sqq.

12) Wird mithin einmal eine Klage fictionsweise, überhaupt utiliter, zugelassen, so unterscheidet sie sich höchstens in der Conception, aber nicht in der Wirkung von der directa, L. 47 §. 1 D. de neg. gest. S. oben §. 49, Not. 7). — Vgl. Ulp. l. c., Gaj. IV. 34 u. III. 32 §. 2 I. u. Theoph. de bon. poss.

Digitized by Google

ner solchen utilis actio [13]) als Vorbild dienende directa [14]) wiederum in jus concepta war. Es scheint, daß die formula in factum aushalf, wo eine bloße Ausdehnung hinreichte, die fictio aber eintrat, wo entweder dem oder gegen den Peregrinen civilis actio gegeben, oder wo in der That das ganze Rechtsverhältniß selbst fingirt werden mußte, wozu freylich die blos veränderte Wendung einer in factum formula nicht hinreichend war. Unter den von Gajus mitgetheilten Beyspielen solcher Fictionen ist gerade wieder „*si ex lege Aquilia* — ficta civitate Romana judicium datur“ [15]), wogegen z. B. wenn blos wegen occasio damni statt des corpore damnum datum, oder vom Usufructuar u. s. w. statt vom Eigenthümer geklagt wird, die Formel nichts zu fingiren brauchte. Andere Beyspiele von Fictionen sind, wenn ein Nichteigenthümer dennoch wie ein ex jure Quirit. dominus behandelt werden soll, ein bonorum possessor, also der Nichterbe, wie ein heres u. s. w. [16]). Ebenso tritt eine nur nicht constituirende, sondern rescindirende Fiction, rescissoria actio ein, wenn ein untergegangenes Recht dennoch wie vorhanden behandelt werden soll; sowohl wenn Jemand desinit jure civili debere nobis“ [17]), als wenn sein Eigenthum ex jure Quirit., z. B. weil ein Anderer während seiner Abwesenheit usucapirte, jure civili untergegangen war [18]).

13) Daß auch diese fictitiae actiones: utiles heißen, ergibt sich aus Gaj. IV. 38 f. „actio utilis — in qua fingitur etc. Auch bey Gaj. III. 84 (p. 149, l. 24) muß *utilis* statt civilis gelesen werden. Bey Theoph. III. 12 pr. fin. wird eine Klage utilis genannt, welche nach Gaj. IV, 35, 36 fictionsweise concipirt wird, u. dasselbe ist bey der Publiciana der Fall, Gaj. IV. 36, die so oft utilis in rem actio heißt. Wenn Theoph. II. 23 §. 4 u. 9 die utiles actiones πλαγιαστικας nennt, so meint er die Fiction, auf welcher freylich materiell jede utilis actio beruht.

14) Gaj. IV. 34. IV. 38 (p. 402, l. 6) „directo intendere.“ §. 4 I. de actt.

15) Gaj. IV. 37. 16) Gaj. IV. 34 sqq. Ulp. l. c.

17) Gaj. IV. 38.

18) L. 1 §. 1, L. 26 §. 7, L. 28 §. 4, 6 D. quib. ex causs. maj.

Digitized by Google

In den Formeln dieser Klagen wird das Factum, um dessentwillen Fiction ertheilt werden soll, was also die demonstratio bilden müßte, auf eigenthümliche Weise mit der intentio verwebt. Z. B. sogleich nach *judex esto* folgt: *si paret ope consiliove Dionis furtum factum esse paterae aureae*", was eigentlich die demonstratio wäre, und nun die intentio: „*quam ob rem, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret*", oder „*si quem hominem A. As. emit*" u. s. w. *anno possedisset* (also wieder die demonstratio in Intentionsform), *tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quirit. esse oporteret*" u. s. w., so daß also der eigentliche Grund der Fiction immerhin *in factum* concipirt ist. Uebrigens ist gewiß nicht jede außerhalb ihrer ursprünglichen Sphäre zugelassene, und darum utilis genannte actio formell utilis gewesen. So ist namentlich die auf fingirtem Mandate beruhende, also „quasi esset mandata" zugelassene actio ebenso concipirt worden, wie wenn wirklich mandatum actionis vorausgegangen wäre[19]). Die Ausdehnung der ursprünglich in factum concipirten, namentlich prätorischen Klagen[20]) geschah insofern, als deshalb auch die Formel geändert werden mußte, wohl blos dadurch, daß sie mit einer je nach der jedesmaligen Natur des vorliegenden Falls modificirten intentio ertheilt wurde[21]). Irgend eine bestimmte Form der Ausdehnung ist es gewiß nicht, auf welche die Ausdrücke quasi, ad exemplum u. s. w.[22]) verweisen. Ferner können auch die utiles actiones

(4, 6). L. 34 pr. f. D. de O. et A. (44, 7). L. 5 C. quib. ex caus. major. (2, 54). L. 24 C. de rei vind. (3, 32).

19) S. §. 159. Mühlenbr. Cess. S. 175 fg.

20) „Utilis in factum actio", L. 7 §. 1 D. de relig. (11, 7), wiewohl dieser Ausdruck auch eine durch in factum formula zur utilis gewordene civilis actio bezeichnen kann. So ist er vielleicht in L. 26 §. 3 de pact. dot. (23, 4) zu verstehen, vgl. dazu Mühlenbr. S. 150, Note.

21) Die Formel eines utile interdictum in Vat. fr. §. 90.

22) Vgl. *Brissonius* voc. utilis, nr. 3.

Digitized by Google

ſelbſt wieder weiter ausgedehnt, und in der Beziehung directae actiones werden[23]). — Wenn übrigens von irgend einer prätoriſchen, alſo in factum actio, ſelbſt noch wieder eine in factum unterſchieden zu werden ſcheint, ſo liegt auch dieſer Terminologie der Gegenſaz einer entweder auf das Princip dieſer prätoriſchen Klage, oder auf das Factum unmittelbar verweiſenden Formel zu Grunde. Denn wo in factum ſtatt de dolo actio eintreten ſoll, da iſt freylich in beyden Fällen die intentio nicht in jus concipirt, aber dort mit ausdrücklicher Erwähnung des dolus, hier blos mit Anführung der Thatſache (in factum verbis temperandum)[24]). Endlich werden in einem weiteren Sinne alle neu entſtandenen, d. h. den zur Zeit der Republik zur Ausbildung gekommenen Civilſyſtemen noch unbekannt geweſenen actiones: in factum, und jene vulgares actiones genannt[25]), die in factum actiones in dieſem Sinne mögen nun, wie die prätoriſchen, auch in factum concipirt worden ſeyn, oder als civiles actiones eine wirkliche juris intentio erhalten haben. Dieſe lezteren oder civiles in factum ſind die actiones praescriptis verbis ſ. §. 55, auch darum in factum genannt[26]), weil ſich wirklich ihre Formel nach der Natur des einzelnen Falles modificirte.

---

23) Mühlenbr. S. 145, Not. 245).

24) L. 11 §. 1 D. de dolo. Vgl. §. 69, Not. 8).

25) L. 2, 3, 11 init. D. de praescr. verb. (19, 5). Auch vulgaris im Gegenſatze von utilis, L. 46 D. de hered. instit. — Auf dieſen Begriff von in factum actiones beſchränkte ſich die ältere Anſicht. Meiſter ſucht auszuführen, alle neu entſtandenen, das Factum ſelbſt in der Formel erzählenden actiones ſeyen in factum, insbeſondere die aus Innominatcontracten, wobey der Contract der Formel präſcribirt werde, daher dieſe in fact. actiones durch die Bezeichnung praescriptis verbis von den anderen unterſchieden würden (§. 29—33). Auch die utiles actt. ſeyen in factum, ſobald ſie nicht wie die directa actio benannt würden oder ſonſt einen ſelbſtſtändigen Namen (z. B. Publiciana) trügen (§. 34).

26) Da ſie in factum heißen und eine juris civilis intentio

§. 55.

Praescriptio und praescr. verb. actio.

Neben den eigentlichen *partes* formulae ist auch noch der durch concrete Verhältnisse bedingten *adjectiones* zu gedenken, und diese sind praescriptiones (von Seiten des Klägers und des Beklagten), exceptiones, replicationes, duplicationes u. s. f. Die Präscriptionen sind der Formel präscribirte, d. h. an die Spitze gestellte [1]), bevorwortende Clauseln, gewöhnlich eingeleitet durch die Worte: „ea res agatur“ [2]), und hier nur erst in sofern zu besprechen, als sie auf Verlangen des Klägers in die Formel kommen. Denn von den praescriptiones a parte rei, den Exceptionen, und darum auch von den Repliken, als bloßen Erwiederungen auf die Exceptionen u. s. w. muß in dem Abschnitt über die Vertheidigung gehandelt werden. — Die klägerischen praescriptiones sind uns bekannt geworden als [3]) ein, und zwar als das älteste Gegenmittel gegen einen durch incerti actio zu besorgenden Nachtheil. Es wird nämlich durch incerta formula die ganze der Klage zu Grunde liegende Foderung mit allen jezt oder in Zukunft darauf zu gründenden Ansprüchen in judicium deducirt, weil die mehrfachen Folgen der einen Hauptobligation nicht als verschiedene selbstständige Rechtsverhältnisse betrachtet werden [4]). Aber da der Beklagte doch nur auf die gerade jezt begründeten und fälligen Leistungen verurtheilt wurde, und anderer Seits aus jeder mannigfaltige Ansprüche oder auch nur terminweise Zahlung begründenden Obligation lediglich incerti actio ent-

---

haben, s. §. 55, Not. 15), so ist die doppelte Bedeutung des Ausdrucks in factum actio unverkennbar.

1) Gaj. IV. 132.

2) Cic. de finib. II. 1. Gaj. IV. 131 sqq. *Hefster* p. 109 sq.

3) Keller S. 510 fgg.

4) Z. B. L. 15, 16 D. de neg. gest. (3, 5). L. 35 §. 7 de mort. caus. don. (39, 6).

Digitized by Google

ſpringt[5]): ſo dient die Präſcription zur Reſervation der Klage auf alle die Leiſtungen, welche man jezt noch nicht fodern kann oder will. Man conſervirt ſich alſo dadurch die widrigenfalls ipso jure oder durch Exception verwirkte Klage auf die übrigen Leiſtungen[6]). So werden die Klagen auf die jezt fällige Terminzahlung durch die der intentio immer präſcribirten aber bisweilen mit der demonstratio verwebten[7]) Worte: *cujus rei dies fuit* eingeleitet, bald mit, bald ohne die jedenfalls an den Anfang der Formel geſtellten Worte *ea res agatur*[8]). So konnte man mittelſt der praescriptio *ea res agatur de fundo mancipando* die actio emti blos auf Mancipation richten, und ſich dadurch jede künftige Klage z. B. auf Tradition, wegen Eviction u. ſ. w.

---

5) L. 16 §. 1 D. de V. O. (45, 1).

6) Cicero (de or. I. 36, 37) erzählt, wie einmal der Advocat des Beklagten den Zuſaz: „cujus pecuniae dies fuisset" als eine herkömmliche Exception verlangt, weil er nicht eingeſehen, daß dieſer Zuſaz „*petitoris causa*" eingeführt. Den Kläger, welcher unvorſichtiger Weiſe die einfache Klagformel erbeten, würde in der Folge die exceptio rei in jud. deductae gehindert haben, das künftig Fällige einzuklagen (§. 120), wenn ſich nicht der Beklagte ſelbſt durch ſein Verlangen um dieſen Vortheil gebracht hätte. Dennoch hat man auch in neuerer Zeit geglaubt, es müſſe die Präſcription gegen die auch die künftigen Leiſtungen umfaſſende Condemnation ſchützen, in welchem Falle ja wirklich der Beklagte u. nicht der Kläger um den beſchränkenden Zuſaz zu bitten hätte; denn pluris petitio kann durch incerta formula ohnehin nicht begangen werden (§. 178). Gründlich beſprochen iſt die Sache von Keller, S. 514—525.

7) Gaj. IV. 136 drückt ſich ſo aus: „ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis."

8) Anſchaulich wird es durch die Formeln bey Gaj. IV, 136, 137, wonach die Worte ea res agatur fehlen, wenn der, welcher unmittelbar ſelbſt das incertum verſprochen hat (nämlich durch Stipulation, alſo wohl auch wer ex testamento und aus ähnlich wirkenden Gründen belangt werden kann) verklagt wird, nicht aber, wenn ein Intercedent.

Digitized by Google

conserviren [9]). Auch ein mit dem Sclaven oder überhaupt, wer unserm jus unterworfen ist, geschlossener Vertrag kann eine darauf hinweisende praescriptio veranlassen, während die intentio auf den Herrn oder Vater gestellt ist [10]). Die spätere Gestaltung der Sache kann hier, wo der praescriptio zunächst nur um ihrer selbst willen (Fassung und Begriff) gedacht werden mußte, nicht, sondern erst bey dem prozessualischen Verfahren selbst mit seinen Wirkungen geschildert werden. Daß die praescriptiones wirklich noch andere Zwecke gehabt haben mochten, und daher um so mehr schon hier im Allgemeinen zu erwähnen waren, ergibt sich daraus, daß sie offenbar zur Begründung der eben deshalb praescriptis ver-

---

9) Vgl. überh. Gaj. IV. 131. Daß bey bonae fidei actiones solche Präscriptionen vorkommen konnten, leugnet Hefftter (p 110 vgl. mit p. LI.), allein obwohl auch solche Stipulationen mit dem Kaufcontracte verbunden werden konnten, so sagt doch Gajus 1. ausdrücklich „si *ex empto* agamus", u. 2. ist die Präscription grade dann unnöthig, wenn auf die Mancipation aus einer dem Kauf adjicirten Stipulation geklagt wird, weil alsdann die *emti* actio aufs tradere durch jenen Prozeß ohnehin nicht consumirt würde, vgl. L. 3 §. 1 f. D. de A. E. V. (19, 1).

10) Gaj. IV. 134, 135 Es ist wohl hier nicht (wie nach Hefftters Restitution), wenigstens nicht allein der Fall gemeint, wo die Hauptobligation durch den Sclaven begründet wird, so daß die demonstratio auf diesen, die intentio auf den Dominus gestellt wird; was richtig ist, aber nicht an diesen Ort gehört, wenn Gajus auch dabey die sich von selbst verstehende Bemerkung machen wollte, daß die mit der demonstr. verbundene praescriptio gleichfalls auf den servus gestellt seyn müsse. Vielmehr scheint Gajus auf p. 234 gesagt zu haben, auch die bloße Präscription könne durch das Pactum eines Anderen begründet werden, z. B. A.A. läßt sich von N.N. 1000 stipuliren, verabredet aber späterhin entweder durch seinen Sclaven oder mit dem Sclaven des N.N., daß er nur terminsweise einfodern wolle. Hier bevorwortet A.A. seine intentio, der vielleicht gar keine demonstratio vorangeht, durch die Berufung auf jenes Pactum; und nun ist der §. 134 ganz deutlich, welcher blos vom Gegensatze zwischen intentio und praescriptio spricht, u. nicht auch einer demonstratio erwähnt.

Digitized by Google

bis genannten actiones dienen mußten [11]). Eine ſolche, unſres Wiſſens kaum früher als, und zwar durch die Pandectiſten entſtandene [12]), durch eine mit praescriptio verwebte demonstratio auf die jedesmalige Beſchaffenheit des einzelnen Falles verweiſende, und darum im w. S. in factum genannte (§. 54. a. E.) aber civilis [13]) und zwar incerti actio [14]), d. h. deren intentio in jus und auf ein incertum concipirt war [15]), iſt von den römiſchen Juriſten immer in Fällen gegeben worden, die ſie als ähnlich irgend einem bonae fidei negotio bezeichnen, oder wo ſie doch über Zulaſſung einer der bonae fidei actiones ſelbſt zweifelhaft waren [16]). Es

---

11) L. 6 f. C. de transact. — — utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. — Hugo, S. 563. Keller, S. 254.

12) Labeo und ſeine Nachfolger ſind es hauptſächlich die für die neue Klage ſtreiten, L. 1 §. 1 L. 19 pr. L. 20 pr. D. de pr. verb., Gans Obligationenrecht, S. 180—187, während die anderen durch Anwendung der beſtehenden bonae fidei actiones aushelfen wollten, wie denn namentlich Gajus der praescr. verbis a. nicht gedenkt, u. zwar in Fällen, wo Juſtinians Inſtitutionen dieſelbe ohne Weiteres eintreten laſſen, vgl. Gaj. III. 143 sq. mit §. 1, 2 I. de locat.

13) Rubr., L. 1 §. 1, 2, L. 10, 12, 13 pr. L. 14 pr. §. 1 D. de praescr. verb. et in factum actionib. L. 6 D. de resc. vend. (18, 5), u. ſ w.

14) L. 7 §. 2 D. de pact. (2, 14). L. 23 f. D. comm. div. (10, 3). L. 6, 8 f., L. 9, 15, 16, 19 D. de pr. verb. L. 6 C. de perm. (4, 64). L. 9, 22 C. de don. (8, 54).

15) L. 6 D. de pr. verb. — — *civili intentione* incerti agendum. Keller S. 252, Not. Stahl S. 53. S. auch Unterholzner in krit. Ztſchr. IV. 2, S. 217 fgg. Zum Beweiſe dient auch, daß in einigen Fällen die praescr. verbis actio wirklich in den Kreis der bonae fidei actiones ſelbſt eingetreten iſt; was blos dadurch geſchehen konnte, daß man ihrer auf dare facere concipirten intentio den Zuſaz ex fide bona gab, vgl. §. 63.

16) L. 5 §. 1 mit §. 2, L. 6 D. de pr. v. L. 6 D. de resc. vend. — L. 1 §. 9 D. dep. (16, 3). L. 1 §. 1, L. 5 §. 2, L. 19 §. 1 D. de pr. verb. — L. 5 §. 4 D. de pr. verb. — L. 17 §. 2,

Digitized by Google

könnten darum auch dieſe Klagen in einem gewiſſen Sinne als utiles [17]) in Beziehung auf die b. f. actiones betrachtet werden [18]), in deren Kreis einige derſelben am Ende wirklich eingetreten ſind, und mit welchen die praescriptis verbis actio überhaupt in der richterlichen Behandlung gleichgehalten wurde [19]).

§. 56.

Condemnatio certae und incertae pecuniae.

Was den condemnatoriſchen Theil der Formel betrifft, welcher immer auf eine Geldſumme gerichtet ſeyn mußte, ſo konnte dieſe entweder certa oder incerta pecunia ſeyn, obwohl der judex nur auf eine beſtimmte Summe verurtheilen durfte, alſo bey unbeſtimmter Inſtruction vorher äſtimiren mußte, ſo daß alſo die judicati actio nur auf eine beſtimmte Geldſumme ging [1]). Die certae pecuniae condemnatio (z. B. sest. decem millia condemna) ſezt entweder eine auf certa pecunia gerichtete intentio voraus [2]), was nur bey condictio si certum petatur der Fall war (§. 61), oder aber in factum concipirte actio, wenn eine zum Voraus feſtgeſezte Strafe gefodert wird [3]). Die incertae pec. cond. aber konnte

---

L. 18 D. de pr. v. — L. 13 pr. §. 1, L. 1 §. 2, L. 17 §. 8, L. 24 D. de pr. v. L. 23 f. D. comm. div. u. ſ. w.

17) Daß ſie wirklich utiles genannt worden wären, läßt ſich jedoch nicht beweiſen, indem in L. 6 f. C. de transactt. (2, 4) der Ausdruck *utilis* actio nicht in der techniſchen Bedeutung gebraucht iſt, vgl. Mühlenbr. Ceſſ. S. 149 fgg.

18) L. 2 §. 2 de prec. (43, 26) . . praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

19) S. Not. 15) u. 16).

1) Gaj. IV. 48, 49, 52 auch 57. Vgl. ob. §. 52 a. E. u. unt. §. 138.

2) Gaj. IV. 50.

3) Gaj. IV. 46. L. 12, 24 D. de in jus voc. (2, 4). L. 1 pr., L. 5 §. 6 D. de his qui effud. (9, 3). L. 42 de Aed. ed. (21, 1). L. 2 pr. de sep. viol. (47, 12).

Digitized by Google

eine zwiefache seyn, entweder infinita, wenn der Richter schlechtweg auf „*quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao.*“ oder auf „*quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemna (to),*“ oder *quidquid paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere*“ u. s. w.[4]) zu condemniren angewiesen wird. Oder aber mit einer Beschränkung der richterlichen Berechtigung zum Aestimiren, mit einer praefinitio, technisch cum taxatione[5]), also „judici arbitrove cum praescribitur quoad ei jus sit statuendi[6])“. Diese Zielsetzung (praefinitio) selbst konnte wiederum zweyerley Art seyn[7]), und wurde jedesmal durch das dem beschränkenden Zusatze vorangehende Wort *duntaxat* (aus dum taxat) ausgedrückt[8]). Nämlich entweder ist es eine „taxatio, quae fit certae summae[9]),“ so daß der Richter nicht ohne dolus oder lata culpa, also nicht, ohne daß er litem suam facit, auf einen höheren Betrag, wohl aber auf einen minderen condemniren könnte[10]), also weiter nichts, als eine vorgreifende Beschränkung der richterlichen Aestimation — oder aber die Beschränkung beruht nicht auf dem Verhältnisse der obrigkeitlichen und richterlichen Competenz, sondern, daß ich so sage, auf objectiven Gründen, deren das Rechtssystem viele an die Hand gibt. Zum Beyspiel, wenn[11]) *duntaxat*[12]) de eo, quod in rem versum est et de peculio mit

---

4) Gaj. IV. 51 (p. 205, l. 13 sqq.) vgl. mit §. 53 a. E.

5) Gaj. IV. 51. — *Ed. Huschke* ad orat. pro Tull. exc. III. „de taxationibus“, p. 253—276.

6) Fest. v. Taxat. mit *Huschke* p. 262.

7) *Huschke* p. 263 sqq.

8) *Huschke* p. 266 mit p. 255 sqq.

9) So Fest. l. c., u. einer solchen wird bey Cic. pro Tullio c. 7, u. bey Gaj. III. 224, Paul. II. 6 gedacht, u. nur davon spricht wie Festus, so auch Gaj. IV, 51; s. auch IV. 43.

10) Gaj. IV. 52.

11) Denn daß das auch taxatio heißt: L. 24 §. 2 de A. E. (19, 1).

12) L. 57 D. de jud. (5, 1). L. 6 §. 12 quae in fraud. cred.

Digitized by Google

mehr oder weniger beschränkenden Zusätzen, *duntaxat*[13]) de eo, quod ad aliquem pervenit, *duntaxat* in id, quod quis facere potest (vgl. §. 141) condemnirt werden soll, statt in solidum, wie der Gegensaz bezeichnet wird. Wie viel aber jenes betrage, hängt freylich wiederum von richterlicher Schäzung ab, und es kann also hier der minder als durch taxatio certae pecuniae beschränkte Richter auch nicht so unbedingt litem suam facere. Die stufenweise Beschränkung des Richters durch eine Conception der condemnatio geht demzufolge von der infinita condemnatio durch die taxatio incerta oder infinita, taxatio certae pecuniae bis zur condemn. certae pecuniae herab.

§. 57.

Insbesondere von certa taxatio.

Noch steht in Frage, wann eine taxatio certae pec. eintrete? [1]) Nämlich eine solche taxatio geht vom Kläger aus, nie vom Beklagten [2]), welcher, sobald er nicht zu absolviren ist, den von ihm verursachten Nachtheil billigerweise nicht selbst taxiren, obwohl der Richter den vom Kläger taxirten moderiren darf [3]). Nun aber steht entweder blos eine certa pecunia in Frage, dann ist auf diese zu condemniren, oder die intentio geht auf eine andere certa res, dann gibt diese selbst den Maßstab für die condemnatio (quanti ea res est, tantam pecuniam condemna), und es kann also nur bey incerti

---

(42, 8). — L. 6 §. 6 de neg. gest. (3, 5). L. 35 de nox. actt. (9, 4). L. 1 pr. L. 12 pr. de trib. act. (14, 4). L. 2, 5 pr. §. 1, L. 30 §. 1, L. 36, 44 D. de pec. (15, 1). L. 1 pr. quando de pec. a. ann. (15, 2). L. 1 §. 42 dep. (16, 3).

13) L. 17 §. 1 de dolo (4, 3). L. 7 §. 5 de trib. act. — L. 20 §. 6 D. de herod. pet. (5, 3).

1) *Huschke*, p. 267 sqq.

2) Cic. pro Tull. l. c. Gaj. III. 224. Paul. l. c. L. 39 §. 1 de op. libert. (38, 1) mit *Huschke*, p. 271.

3) *Huschke*, p. 269.

Digitized by

petitio (es sey condictio oder b. f. actio) eine certae pecuniae taxatio vorkommen [4]), oder bey den nicht auf ein certum gerichteten in factum actiones [5]). Aber auch bey incerta formula war es nichts weniger als immer der Fall, indem vielmehr da, wo verweigerte Herausgabe, wie bey depositi actio, verweigerte Cautionsleistung [6]), unterlassene Befolgung des der richterlichen Verurtheilung vorangegangenen Restitutions- oder Exhibitionsbefehls das Aestimiren nöthig macht, die Schätzung selbst dem richterlichen Arbitrium vollends überlassen wird. Deshalb insbesondere war die arbitraria formula (§. 67) auf quanti ea res est concipirt und durch keine taxatio beschränkt [7]), was auch dann der Fall ist, wenn die intendirte certa res hinterher erst wegfällt. Zur Ermittelung des Interesse kann es auch seyn, daß der Richter den Kläger schwören lassen darf oder muß (in litem), s. §. 135, und zwar gleichfalls in infinitum, d. h. unbeschränkt durch das praesmire (das Taxiren) von Seiten des Magistrats [8]), obwohl er, der Richter, allerdings vor- oder nachher den Betrag festsetzen kann, über welchen hinaus der Eid unwirksam seyn soll [9]). Wenn aber sogleich von Anfang an

4) Gaj. IV. 51.

5) Z. B. L. 5 §. 1 D. ne quis in eum (2, 7).

6) Gaj. IV. 47. L. Gall. Cisalp. c. 20, l. 21 sqq. L. 7 D. si serv. vi d. (8, 5).

7) Vgl. Gaj. IV. 51 f., wo es von den in rem actt. unter vorausgesezter petitoria formula (§ 65), und von der a. ad exhibendum gesagt wird. — L. 18 pr. D. de dolo (4, 3): „nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic (a. de dolo) et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur (d. h. keine taxatio), ut" etc.

8) „Sine ulla taxatione in infinitum", sagt L. 68 D. de R. V. (6, 1), wodurch die nur uneigentlich s. g. richterliche Taxation nicht abgeschnitten wird; es widerspricht sich also Ulpian nicht, welcher in L. 4 §. 2 de in lit. jur. (12, 3) dem Richter das Taxiren gestattet. *Huschke*, p. 273.

9) L. 18 pr. de dolo. L. 4 §. 2, L. 5 §. 1 de in lit. jur. L. 3 §. 2 ad exhib. (10, 4).

Digitized by Google

ein incertum oder die Herausgabe irgend einer Sache gefodert wird, auch kein vorangehendes richterliches arbitrium zu erwarten ist, da fehlt es dem Richter so sehr an einem Anhaltspuncte, daß der Magistrat selbst die aestimatio durch taxatio zu beschränken pflegte[10]), wie bey den meisten, nämlich den nicht arbiträren und nicht schon von Seiten des Klägers auf certa pecunia zu richtenden Delictsklagen der Fall war[11]). Dabey thut der Kläger gut, die taxatio nicht geringer setzen zu lassen, als auf den Betrag des vom Prätor concipirten Vadimoniums, weil der Richter durch diese Autorität bewogen meistens auch auf keine geringere Summe condemnirte[12]). Uebrigens liegt in der oben erwähnten arbitraria formula eine sehr eigenthümliche §. 67 zu beschreibende Modification der condemnatio. Auch noch bey den Noxalklagen erhält dieselbe eine anomale Fassung, indem der Richter nicht auf die litis aestimatio allein, sondern alternativ auf sie, „aut noxae dedere" zu verurtheilen angewiesen wird[13]).

---

10) Arg. L. 4 C. de act. emti. (4, 49). L. 39 D. de op. libert. (38, 1). L. 3 C. de inut. stip. (8, 39).

11) So bey der a. vi bon. raptor., wo das, was quadruplirt werden soll, erst ästimirt werden mußte, aber cum taxatione, Cic. pro Tull. l. c. u. bekanntlich bey der injuriar. actio, Gaj. III. 224. §. 7 I. de injur. Paul. II. 6, aber offenbar auch bey der furti a. u. s. w. — *Huschke*, p. 269 sqq.

12) Gaj. u. Paul. ll. cc.

13) §. 1 I. de off. jud. (4, 17) — — si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare: *Pm. Mm. Lo. To. in decem aureos condemno aut noxam dedere.* L. 6 §. 1 D. de re jud. (42, 1) init. *Decem aut noxae dedere condemnatus.* L. 42 pr. de furt. (47, 2): vulgaris formula in dominum danda est, ut, quod alter admisit, duntaxat de peculio, quod ipse exercitor, adjiciatur: *aut noxae dedere* (Flor. *ut noxae dederet*). Paul. I. 15. 1. Prätorische Edicte unterscheiden zwischen den mit oder ohne noxae datio zu veranstaltenden judiciis. So L. 1 pr. de his qui eff. (9, 3) — in judicio adjiciam: *aut noxam dedere.* L. 5 §. 6 eod. L. 21 §. 2 de N. A. (9, 4). L. 1 pr. de publ. (39, 4). Genau wird zwischen einem detracta oder cum noxae deditione ertheil-

Jedoch wird durch diese bloße adjectio [14]) der Grundsaz, daß jedes Judicat auf eine bestimmte Geldsumme gehn müsse, so wenig erschüttert, daß vielmehr die judicati actio immerhin blos auf das Geld gerichtet werden konnte (aber keineswegs auf die bloße noxae datio), und daß hier nicht abermals eine alternativ gefaßte Formel concipirt wird, indem man nunmehr nur noch bis zur Begründung dieses Judiciums (Litiscontestation) von dem Rechte der noxae datio Gebrauch machen kann [15]).

§. 58.
Sponsionen *).

Endlich ist noch der in jure eingegangenen Sponsionen (in Stipulationsform vor dem Magistrate geschlossene Prozeßwetten) zu gedenken, die zwar nicht selbst eine besondere Classe von Formeln bilden, sondern nur die intentio der im Uebrigen auf gewöhnliche Weise concipirten Formeln ausmachen, so daß also dadurch keine neuen genera actionum entstehen,

---

ten judicium unterschieden, L. 4 §. 2, 3, L. 5 pr. L. 21 pr. §. ult. L. 22 §. 4, L. 26 §. 5, L. 39 pr. de N. A. L. 1 §. 4 si quadr. (9, 1). Zimmern Noxalklagen S. 155—162.

14) Als ein *adjicere* wird das durchgängig bezeichnet, ferner „judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo judicati in decem agitur." L. 6 §. 1 D. de re jud.

15) L. 6 §. 1 D. cit. Decem aut noxae dedere condemnatus, *judicati in decem tenetur* u. s. w. At is qui *stipulatus est* decem, aut noxae dedere, non potest decem petere, wer dagegen noxae causa alternativ condemnirt ist, begeht keine pluris petitio, wenn er blos das Geld fodert, die facultas noxae dedendi bleibt dennoch. Aber nur, L. 20 §. 5 D. de her. pet. (5, 3) „tamdiu quis habet noxae dedendi facultatem, quamdiu quis judicati conveniatur: post susceptum judicium non potest noxae dedendo se liberare."

*) *Schreiter* cit. ob. §. 38, Not. *). — *Fr. G. Chr. Rost* Pr. de usu vocularum *si* et *ni* in sponsionib.; ad Plauti Rud. V. 3. 19—27. Lips. 1820. 4. — *Heffter*, Obs. XVII.

Digitized by Google

sondern nur an sich zulässige Klagen formirt oder modificirt werden [1]). Vorhanden waren sie schon dann, als bey der sacramenti actio das sacramentum nicht mehr hinterlegt sondern beyderseits nur spondirt worden ist (§. 38), und selbst der Name sponsio ist dafür in Gang gekommen (§. 38 Not. 10)). Diesem Vorbilde gemäß haben aber auch im Formularprozesse solche gegenseitige Pönalversprechen (sponsio und restipulatio) Eingang gefunden, die theils eben so wie bey der sacramenti actio auch praejudiciales waren, d. h. daß mit der Verurtheilung zur Zahlung der spondirten oder restipulirten Summe zugleich über die Sache selbst erkannt ist, wie das namentlich bey den Interdicten vorkömmt [2]), theils aber auch blos pönal, wenn umgekehrt das Urtheil in der Sache selbst erst die Pflicht zur Zahlung der außerdem verwirkten Strafsumme begründet. So bey der a. certae creditae pecuniae, wo beyderseits der dritte Theil des Streitobjects den Gegenstand der sponsio ausmacht, die Cicero legitimae partis sponsio nennt [3]), so daß sie durch ein Gesez begründet scheint, wahrscheinlich gradezu schon durch die lex Silia, da vorher deshalb sacramento prozessirt wurde (§. 43). Bey pecunia constituta gedenkt Gajus einer dimidiae partis sponsio [4]). Hingegen ist bey in rem actio eine blos präjudicielle sponsio an die Stelle des sacramentum getreten, d. h. eine nur vom Beklagten und nicht als poena sondern statt der zu leistenden Sache selbst versprochene Summe, vgl. §. 64. Aber nicht blos theils gesezlich, theils, wie wohl bey der constituta pecunia und den Interdicten, durch prätorische Edicte sind Sponsionen begründet, und zwar bisweilen nur so, daß die Parteyen zwischen dieser und einer

---

1) Gaj. IV. 1.

2) Vgl. §. 38, §. 64 mit Gaj. IV. 141, 165, 166, 167. *Ribbentrop* Diss. cit. (§. 52, Not. 3)) p. 11, not.

3) Gaj. IV. 13. 171, 180 auch 181, 174. Cic. pro Rosc. C. c. 4. Darauf wohl auch L. Gall. Cisalp. c. 21, l. 6 sqq.

4) Gaj. IV. 171.

Digitized by Google

anderen Form wählen können [5]), ſondern es mochten dergleichen auch gewiß nach dem Ermeſſen des Magiſtrats [6]) angeordnet [7]), oder ganz von Uebereinkunft der Parteyen abhängig geweſen ſeyn [8]). Wenn aber der zum Spondiren auffodernde Kläger den Sieg von irgend einem Umſtande abhängen laſſen will, ſo ſcheint es der magiſtratiſchen Beurtheilung anheim gegeben zu ſeyn, inwiefern der Beklagte darauf einzugehen gezwungen werden konnte [9]). Vom Kläger ging die Auffoderung zur sponsio aus (sponsione provocare, lacessere, aggredi), und wenn er ſiegte, ſo hieß es sponsio*ne* vincere, während vom Beklagten geſagt wird: sponsio*nem* vincere [10]). Die sponsio ſelbſt aber wird entweder mit si oder ni (nisi) concipirt, je nachdem das Unterliegen des Beklagten von der Exiſtenz oder Nichtexiſtenz eines Umſtandes abhängig gemacht wird [11]). Beym Berichten von Sponſionen bedienen ſich aber unſre Quellenſchriftſteller eben ſo gut derſelben Wendung, in welche die Spon-

---

5) So bey gewiſſen Interdicten, ſ. §. 71, u. bey in rem actiones, §. 64.

6) S. z. B. Cic. Verr. III. 62.

7) Daß der Prätor Sponſionen anordnen konnte: L. Gall. Cisalp. c. 19, l. 2, 3: „sponsionem dari judicarive jubebit", c 22, l. 35 sqq. Hugo in d. Ztſchr. f. geſch. Rw. Bd. 3, S. 293 u. Haubold daſ. S. 386.

8) Cic. Verr. III. 57—59. V. 54. in Pison. c. 23. Val. Max. II. 8, nr. 2. VI. 1, nr. 10.

9) So z. B. wurde die sponsio: „ni bonus vir esset", für unzuläſſig erachtet, Cic. de off. III. 19. Val. Max. VII. 2, 4. S. auch Gell. XIV. 2 fin.

10) Dieſes bey Cic. pro Tullio 30 ed. H., pro Caec. 31, 32, jenes pro Quint. 27. ad Her. IV. 23. Gaj. IV. 165. S. darüber *Huschke* p. 146 sq. Sponsione certare, sponsionis condemnari u. ähnliche Ausdrücke kommen hier ebenfalls vor.

11) Cic. pro Caec. c. 16, 23. Verr. III. 57, 59. pro Quint. c. 27. de off. III. 19. Val. Max. II. 8 nr. 2. (Ascon.) in Verr. I. 45. Gaj. IV. 93. Gell. VII. 2 u. ſ. w. S. Clavis Ciceron. v. sponsio. *Brisson.* de form. V. 7.

Digitized by Google

sion eingekleidet wurde, als der entgegengesezten, sofern der Redende nicht sowohl auf die Wortfassung als auf die Gefahr, wenn die Behauptung als unwahr erscheinen sollte, seine Gedanken richtet [12]).

Zweytes Capitel.
Die einzelnen Actionen nach ihren Formeln.

§. 59.
Einleitung.

Durch die legis actiones wurden auf fünffach verschiedene Weise die Prozesse eingeleitet, wobey denn freylich für ganz verschiedene Klagen das Verfahren ein und dasselbe seyn mußte, nur daß bey der Einen leg. a. durch sacramentum noch ein eigenthümliches Vorverfahren die in rem actiones von jeder andern sacramenti actio unterschied. Aber im Formularprozesse war das Verfahren selbst im Ganzen überall dasselbe, und nur die verschiedene Fassung der formula unterschied die eine Klage von der andern, weshalb auch der Sprachgebrauch actio und formula verwechselt. Immerhin aber gibt es gewisse verschiedenen Klagen gemeinsame Formeln, also so gut wie bey legis actiones, so auch hier gewisse Gattungen, deren Entstehung zum Theil aus historischen, zum Theil aus materiellen Gründen erklärt werden muß. Aus den ersten Gründen sind von den in jus die in factum concipirten Klagen unterschieden worden, unter welchen lezteren selbst aber, soweit sie prätorisch sind, jede Klage im Ganzen nur ihre eigene, es sey zum Voraus proponirte, oder nach Maßgabe des prätorischen Edicts gebildete Formel hat, oder die auch erst auf Antrag der Partey, causa cognita, geschaffen und ertheilt werden konnte. Aus materiellen Grün-

---

12) Darüber *Huschke* de causa Siliana, p. 13 sq.

Digitized by Google

den sind die sämmtlichen in rem actiones anders formulirt, als die persönlichen. Die Definition der in rem und in personam actiones ist, wie ja auch die Definition der intentio selbst, blos nach den in jus concipirten Klagen gebildet, es schwebte, wie so oft in den römischen Darstellungen, blos das alte Civilsystem vor, und so nennt Gajus in personam actiones solche, deren intentio auf dare, facere, praestare gerichtet ist, in rem actio eine solche, durch die wir rem (oder jus) intendimus nostram esse [1]); was Justinians Institutionen getreu nachschreiben [2]), obgleich derselbe Titel im Verlaufe auch solche Klagen in rem oder in personam nennt, die nur in factum concipirt wurden. Daß der Begriff ein allgemeiner, nicht von einer bestimmten Formel abhängiger, vielmehr die Formel nur das Bild der Sache selbst ist, ergibt sich daraus, daß ja auch die Cognitionen in rem oder in pers. seyn konnten [3]), daß alle Interdicte der Sache nach (vi ipsa) persönlich waren [4]), und daß mit dem Untergange der Formeln der Begriff geblieben ist und noch heute besteht. Dinglich ist nämlich die Klage auf richterliche Anerkennung eines dem Kläger zustehenden aber streitig gemachten absoluten Rechts, wo denn die Pflicht zur Leistung nur eine sich von selbst ergebende Folgerung ist, persönlich aber die Klage, wenn gerade die einer bestimmten Person obliegende Leistung den unmittelbaren Gegenstand des Streites bildet. Wie wenig aber bey den in factum concipirten Klagen dieser Unterschied formell hervortritt, das beweisen diejenigen persönlichen Klagen, bey welchen wie bey den dinglichen nicht in der intentio, sondern erst in der condemnatio des Beklagten gedacht wird, die also insofern generell, in rem concipirt sind, wie bey der a. quod metus causa

---

1) Gaj. IV. 2, 3, 4.
2) §. 1, 2 I. de actionib. (4, 6).
3) L. 28 D. de O. et A. (44, 7).
4) L. 1 §. 3 D. de interd. (43, 1). S. §. 72, Not. 9).

Digitized by Google

das in dem Sinn in rem gefaßte Edict [5]) nicht darauf sieht, „a quo metum illatum," weshalb denn auch die intentio nicht, wie z. B. bey der doli actio des Thäters gedenkt [6]), sondern nur der That (§. 102 a. E.), gleichwie die intentio der in factum concipirten dinglichen Klagen eines anderen Factums, z. B. der Verpfändung (§. 65, Not. 19)). So konnte auch bey der wohl gewiß in factum concip. ad exhibendum actio in der intentio keines Beklagten gedacht, sondern nur das Interesse an der zu exhibirenden Sache geltend gemacht werden. Die condemnatio war dann freylich eben so wenig grade gegen eine obligirte Person als solche gerichtet [7]). Uebrigens wird nicht etwa diese Art der persönlichen Klagen als eine besondere Classe, allenfalls unter dem von den Neueren dafür als technisch angesehenen Namen in rem scriptae, hervorgehoben, obwohl das in verschiedenem Sinne gebrauchte in rem doch jedesmal irgend eine Generalität bezeichnet, und insofern ein technischer Ausdruck ist [8]). — Sowie nun aber die formulae für persönliche Klagen zunächst entstanden (§. 52), und ferner unter den in factum concipirten einzelne Gattungen nicht ausgezeichnet worden sind, so sind dagegen unter den in jus concipirten persönlichen Klagen zweyerley durch die Fassung der intentio äußerlich characterisirte Classen entstanden, die mit einander einen bestimmten Gegensaz bilden. Dieser wird von Cicero, und zum Theil auch nachher durch die Ausdrücke judicia und arbitria bezeichnet [9]), und es ist derselbe, welcher unter andern Benen-

5) L 9 §. 1 D. quod met. (4, 2).

6) L. 15 §. 3 de dolo (4, 3). Dú Roi im Archiv, Bd. 6, S. 412 meint, die Stelle Rede von der demonstratio, nicht von der intentio. Allein Beydes fällt bey den in factum concip. Klagen zusammen, s. §. 52.

7) Obligirt war durch die Erpressung nur der Thäter, geklagt wurde gegen jeden Besitzer, L. 9 §. 1 D. quod met.

8) Dú Roi a. a. O. S. 410—412.

9) Cic. pro Rosc. C. c. 4. de off. III. 17. Top. c. 17. — Seneca de benef. III. 7.

Digitized by Google

nungen, namentlich der stricta und bonae fidei judicia in den ſpäteren juriſtiſchen Quellen vorkömmt. Davon ſoll nun zuerſt, dann von den in rem actiones die Rede ſeyn, und hierauf von einer durch die eigenthümliche Faſſung der *condemnatio* characteriſirten Gattung von actiones, nämlich von den arbitrariae. Die formula arbitraria kam ſowohl manchen in jus, als manchen in factum concipirten Klagen zu, und da, wie wir ſehen werden, die in jus concipirten in rem actiones nur entweder ſo formulirt worden ſind, daß ſie an jene als judicia bezeichnete Claſſe ſich anſchloſſen (per sponsionem) oder aber arbitrariae waren: ſo ſind wirklich durch die stricti juris, bonae fidei, und arbitrariae actiones die Gattungen der in jus concipirten Klagen (abgeſehen von den präjudiciellen oder unvollſtändigen) erſchöpft [10]), aber freylich nicht die ſämmtlichen Actionen überhaupt, ſobald man die verhältnißmäßig bey weitem größere Menge der in factum actiones nicht überſieht, wiewohl die Römer oft, vom Syſteme der Civilklagen ausgehend, ſo ſprechen, als wenn jenes die ſämmtlichen Actionen wären [11]). Die utiles actiones aber ſchließen ſich, ſofern ſie in jus concipirt worden, an eine der drey Gattungen an.

§. 60.

Judicia und arbitria *).

Der bey Cicero auf dieſe Weiſe bezeichnete Gegenſaz iſt

10) Vgl. mit einander §. 28—31 I. de actt. L. 5 pr. D. de juram. in lit. (12, 3). L. 3 §. 1 de usur. (22, 1). L. 5, 6, 7 pr. §. 1 de eo quod certo loco (13, 4).

11) S. Not. 10). Vgl. die Bemerkungen über Definition der intentio u. ſ. w. in §. 52, u. der in pers. u. in rem actt. in §. 59.

*) Ed. Gans Obligationenrecht, S. 9—98. Mühlenbr. in Heid. Jahrb. v. 1821, nr. 3 u. 4, S. 42—61. Heffter Inſtitut. S. 384 fgg. Bethmann-Hollweg Verſuche, S. 37 fgg. *Heffter* ad Gaj. Obs. XIV. Unterholzner in Tüb. krit. Ztſchr. Bd. 4, H. 2, S. 220 fgg., S. 228 fg.

Digitized by Google

derſelbe, welcher in unſeren juriſtiſchen Quellen zwiſchen den Klagen, deren intentio auf dare oport. gerichtet iſt [1]), oder die hin und wieder auch stricti juris actiones, oder stricta judicia [2]) genannt werden, und zwiſchen den bonae fidei judiciis vorkömmt [3]), deren intentio nämlich auf *dare facere* oport. gerichtet iſt, aber mit einem gerade von Cicero gleichfalls genannten Zuſatze, nämlich *ex fide bona*, der der gewöhnlichſte war [4]), oder mit einer ähnlichen Verweiſung des Richters auf die Billigkeit, wie namentlich *quantum aequius melius* bey der rei uxoriae [5]), oder *ut inter bonos bene agi oportet* bey der fiduciae actio [6]). Woher ſich die verſchiedenartige Faſſung dieſer Zuſätze erklärt, das iſt ſchon in §. 42 bemerkt worden, und aus §. 56 ergibt ſich die Faſſung der der intentio auf certa pecunia, oder auf ein anderes certum, oder umgekehrt auf dare facere entſprechenden condemnatio. Bey jenen arbitriis nun oder „judiciis, in quibus ex fide bona est additum," wurde der Richter, fährt Ci-

---

1) Denn eben dieſe Formel ſchreibt Cicero (§. 59, Not. 9)), welcher ſich zur Erkennung des Gegenſatzes auf die „verba formulae" beruft, pro Rosc. C. c. 4, ſeinen judiciis zu, u. daß ex stipulatu oder ex testamento eine stricti judicii genannte actio entſpringt, ergibt ſich aus L. 5 §. ult. L. 6 de in lit. jur. (12, 3), L. un. §. 2 C. de R. U. A. T. (5, 13), und daß wiederum die auf dieſen Fundamenten beruhenden Klagen auf dare oportere concipirt worden, daß ferner die ſo concipirten Klagen Condictionen heißen, aus den Erörterungen im Texte, daß aber die Condictionen stricti juris actiones ſind, auch noch aus Theoph. IV. 13, §. 3.

2) L. 5 §. 4 D. de in lit. jur. L. 3 §. 2 D. comm. (13, 6). L. un. §. 2 C. de R. U. A. T. (5, 13). §. 28 I. de actt. (4, 6).

3) Vgl. §. 28 mit 29 u. 30 I. de actt. — L. 5, 6, 7 §. 1 mit L. 7 pr. D. de eo quod certo (13, 4).

4) Cic. Top. c. 17, de off. III. 15 u. 17. Val. Max. VIII. 2 nr. 1. Gaj. IV. 41, 47, 54, 60.

5) Cic. de off. III. 15. Top. l. c. L. un. §. 2 C. cit. §. 29 I. de actt. L. 8 D. de cap. min. (4, 5). L. 66 §. 7 sol. matr. (24, 3).

6) Cic. ll. cc. u. ad div. VII. ep. 12.

Digitized by Google

cero fort, im e. S. arbiter, bey den judiciis durchaus immer judex genannt; das judicium sey pecuniae certae, und die Formel „*si paret* (z. B.) *sest. M. dare oportere*," das arbitrium incertae, jenes directum, asperum, simplex, dieses mite, moderatum, dort könne der judex nur auf die ganze Summe condemniren, oder müsse absolviren, während der arbiter selten gerade alles das zuerkenne, was gefodert worden [7]), da ihm die Erwägung der gegenseitigen Ansprüche (quid quemque cuique oder alterum alteri praestare oportet) obliege [8]). Es werden aber auch [9]) in den späteren juristischen Quellen alle die einzelnen bonae fidei judicia bald arbitria, bald wird der Richter arbiter genannt, es gehört ferner bey denselben zum officium judicis, solche Rücksichten zu nehmen, zu welchen es bey den Klagen auf dare oportere einer als exceptio gefaßten besonderen Instruction bedarf, um eine streng genommen nothwendige, aber doch iniqua condemnatio abzuwenden [10]), und endlich konnte anfangs bey den meisten, zulezt bey allen Entstehungsgründen der b. f. actiones auch von Seiten des Beklagten aus demselben Geschäfte Gegenklage erhoben werden. Dagegen ist es gerade für die strengen Klagen characteristisch, daß sie aus einseitigen und zwar aus solchen Verpflichtungsgründen entspringen, bey welchen es das positive Recht niemals zu einer contraria actio kommen ließ [11]), indem vielmehr schon die

7) Cic. pro Rosc. C. c. 4, 5 u. Senec. de ben. III. 7.

8) Cic. de off. III. 17. Top. c. 17.

9) S. über das Folgende §. 63 u. 63ª.

10) S. z. B. §. 1—3 I. de exceptt. (4, 12), wo eben so wie im Tit. D. de doli mali exc. (44, 4) nur bey der auf dare op. gerichteten intentio, oder bey den Klagen, von welchen wir anderweitig wissen, daß sie eine solche intentio erhalten, von doli exceptio die Rede ist.

11) Nämlich eben die Unzulässigkeit der contraria a., u. daß blos die Pflicht des Einen u. das Recht des Anderen berücksichtigt werde, bezeichnet Cicero als das Eigenthümliche der judicia u. als das Wesen ihrer Strenge, und wir finden auch in den späteren

Digitized by Google

bloße Vertheidigung gegen eine ſolche an ſich begründete Klage, nämlich die Berufung auf Thatſachen, durch welche dieſe Klage doch als iniqua erſcheint, nur ausnahmsweiſe (als exceptio), und daher auch erſt nach und nach in immer mehreren Fällen, und nur vermittelſt magiſtratiſcher Anweiſung zuläſſig geworden [12]). Dadurch werden denn allerdings die stricta judicia einfacher, und wenn z. B. blos auf certa pecunia geklagt, etwa eine condictio ex mutuo angeſtellt iſt, ſchneller beendigt ſeyn, als irgend bonae fidei judicia [13]). Das dare oportere wurde ehemals durch die deshalb eigens eingeführte legis actio per condictionem eingeklagt, ſoweit nicht die ſtrengere, blos auf certa pecunia gerichtete, durch den in der Klagformel oder bey dem Klaggrunde vorkommenden Ausdruck: *damnas esto* dare ausgezeichnete manus injectio eintrat (§. 43 u. 47). Im Formularprozeſſe, wo das condicere nicht mehr vorkam, iſt doch der nun nicht mehr characteriſtiſche Ausdruck condictio (condictitia actio [14])) fortwährend, freylich „abusive," „inproprie," für die Klagen mit einer auf dare oportere, es ſey einer certa pecunia oder certa res, concipirten intentio gebraucht worden [15]), beſonders wenn die Klage nicht zu den früherhin durch manus injectio geltend gemachten gehörte, ſ. §. 61. Ein weiterer

---

Rechtsquellen keine gegen die Klagen auf dare op. oder gegen die Condictionen zuläſſige, d. h. aus demſelben Fundamente anzuſtellende contraria actio.

12) Vgl. Not. 10) u. §. 30 I. de actt. — Theoph. IV. 13. §. 3.

13) Inſofern liegt allerdings etwas Wahres in dem Gedanken, welchen bereits der Titel folg. Schrift ausſpricht: *H. C. Stever* de summario Romanor. judicio, seu de stricti juris et bon. fid. actionib., Lips. 1822. 8. Der Vf. zählt freylich auch die Interdicte und noch allerley Klagen zu den stricti juris actionibus. — Heffter Inſt. S. 386, 390 vergleicht ſie mit unſerem Executiv-Verfahren.

14) L. 24 D. de R. C. (12, 1). „Actio condictionis", L. 1 C. de cond. ind. (4, 5).

15) Gaj. IV. 18 f., §. 15 I. de actt. mit Gaj. IV. 33.

Digitized by Google

Gebrauch des Ausdrucks condictio als synonym mit jeder, nämlich in jus concipirten, persönlichen Klage findet sich nur als Gegensaz zu den in rem actiones [16]).

§. 61.
Certi condictio.

Eine certi condictio bildeten, d. h. es wurden auf si paret dare oportere concipirt, alle die ursprünglich per manus injectionem oder per condictionem eingeleiteten Klagen, insofern sie in den Formularproceß als Civilklagen übergegangen sind, was vielleicht gerade bey dem Typus der durch manus injectio geltend gemachten Klagen, der judicati actio, insofern nicht der Fall gewesen, als wir sie nur als eine prätorische, also nur in factum concipirte Klage kennen, vgl. §. 138, wohl aber gewiß bey den übrigen in §. 47 genannten Klagen, namentlich der legis Aquiliae actio, die eine condictio ist [1]), wenn schon sie als eine vorher nicht durch legis actio per condictionem geltend gemachte Klage in der Regel nur actio genannt wird [2]). Ueberhaupt aber entstehen Klagen dieser Art [3]) entweder 1. unmittelbar aus einem Gesetze

---

16) Gaj. IV. 5. §. 15 I. cit. L. 25 pr. D. de O. et A. (44. 7).

1) L. 9 §. 1 D. de R. C. (12, 1).

2) Dadurch irre geführt, hält sie *Hefftter* ad G. p. 66 f. in der Regel nicht für eine condictio.

3) Ueber die Entstehungsgründe der Condictionen hat eben so wie über ihren Character erst Ed. Gans Aufschluß gegeben, vgl. Oblig. R. S. 21 fgg., welchem insoweit Mühlenbruch in der angef. Recension durchaus beygetreten, im Wesentlichen jezt auch Hefftter, der noch in seinen Institutionen Unbekanntschaft vorgegeben, wie denn auch jezt noch Hollweg a. a. O. S. 37 fgg. es vorzieht zu behaupten, „die Bestimmung aller der Fälle, in welchen sie (die condictio certi) statt fand, ist bey dem dermaligen Zustand unsrer Quellen wohl nicht möglich" (Not. 90). — Die Verbindung der neueren Condiction mit der alten manus injectio ist aber bisher noch nicht beachtet worden.

Digitized by Google

(condictio ex lege)[4]), wenn dieses nämlich so gefaßt ist, daß es zu einem dare oportere verpflichtet, wie z. B. eines begangenen Delicts wegen, was gerade wieder bey der lex Aquilia der Fall ist, welche den Kläger sogar auf eine bestimmte Geldsumme zu intendiren verpflichtet, und was ferner auch in Folge eines Senatusconsults oder einer kaiserlichen Constitution der Fall seyn konnte[5]). Oder 2. aus einem seiner Natur nach einseitigen (nicht synallagmatischen) aber auf definitive Ueberlassung einer Sache gerichteten Rechtsgeschäfte, welches nach römischer Ansicht immer zum dare verpflichtet, und eine auf dare oportere zu intendirende actio begründet. Solche Geschäfte sind die stipulatio (certi)[6]) und was der gleich ist[7]), also überhaupt verborum, ferner literarum obligatio, die nur auf certa *pecunia* geht[8]), und der testamentarische Auftrag oder das Damnationslegat, wenn eine certa pecunia, wo ehemals manus injectio eintrat, oder auch irgend eine andere certa res der Gegenstand desselben ist[9]); endlich auch die mutui datio, welche blos zum reddere verpflichtet. Contracte, aus welchen eine solche actio ent-

---

4) Tit. D. de condict. ex lege (13, 2). Tit. C. de cond. ex lege etc. (4, 9).

5) L. 9 §. 1 D. de R. C., §. 24 f. I. u. Th. de actt.

6) Cic. pro Rosc. C. c. 5, L. 24 D. de R. C., init. I. de V. O., Theoph. IV. 13, §. 1.

7) Gaj. ep. II. 9, §. 4.

8) Cic. l. c., Tit. I. de litt. oblig. ...„et ex ea nascitur condictio." — In L. 1 D. de annuis leg. (33, 1) wird die Klage des Legatars auf dare op. verglichen mit der ex stipulatu oder *nomine facto.*

9) L. 9 §. 1 D. de R. C. vgl. mit der Formel bey Gaj. II. 201 u. 204 „intendere, heredem sibi dare oportere." — Ulp. XXIV. 4. Theoph. II. 20 §. 2 u. s. w. Als Beyspiel einer condictio ex lege kann diese Klage mit *Heffter* p. 69 nicht betrachtet werden. Denn die Wirksamkeit des testamentarischen Auftrags beruht nur indirect auf den XII Taf. (in Folge des uti legassit u. s. w.), so daß also nicht die verba legis selbst es nothwendig gemacht haben, daß grade eine auf dare op. concip. Formel eintrat.

Digitized by Google

ſprünge, gab es auch wirklich keine andere, als, um mit Cicero zu reden: „pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.“ [10]) Aber 3. nicht blos mutui datio [11]), ſondern jede aus irgend einem Grunde zum reddere verpflichtende numeratio begründet nur ein einſeitiges mit condictio zu realiſirendes Recht. Die Gründe, welche zum reddere verpflichten, ſind freylich dem jus gentium entnommen, reduciren ſich ſämmtlich auf das bonum et aequum [12]), ſind aber, wo ſie eingreifen, vom römiſchen Rechte für dringend genug erachtet worden, um deshalb stricti juris actio eintreten zu laſſen. Es iſt immer der Mangel eines gerechten Grunds für den Beſiz auf der einen, und alſo eine grundloſe Vermögensaufopferung auf der andern Seite, worauf dieſe Condictionen beruhen, die daher i. w. S. als condictiones sine causa bezeichnet werden [13]), wie insbeſondere, wenn durch Untergang der Sache an die Stelle der vorher zuläſſigen vindicatio nun condictio tritt [14]). Speciell hervorgehoben wurde, abgeſehen von der mutui datio, wo der Empfänger von dem Augenblick an, da er zurückgeben ſoll, sine causa beſizt, die indebiti cond. [15]), wenn nicht um eine Schuld zu begründen, ſondern um eine vermeintliche Schuld zu tilgen, gezahlt worden iſt [16]), die cond. ob causam datorum, ſo lange die Ge-

10) Cic. pro Rosc. C. l. c.

11) Cic. l. c. Tit. D. de reb. cred. (12, 1), u. ſ. w.

12) Gaj. IV. 131 . . . numeratio pecuniae jure naturali facit obligationem. 132: arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia — numeratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis juris gentium est. §. 2 f. I de J. N. G. et C. — L. 15, 64, 65 §. 4, 66 D. de cond. ind. (12, 6), L. 50 pr. D. de I. D. (23, 3). L. 25 D. rer. am. (25, 2) u. ſ. w. vgl. mit L. 9 pr. D. de R. C.

13) Tit. D. de cond. sine causa (12, 7). L. 25 f. D. rer. am. „jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident.“

14) L. 14 D. de R. C. L. 3 C. de cond. ex lege (4, 9).

15) Tit. D. de cond. indeb. (12, 6). C. eod. (4, 5).

16) Gaj. IV. 91. §. 1 I. Q. M. R. C. O.

Digitized by Google

genleistung unterbleibt, um derentwillen hingegeben worden [17]), die cond. ob turpem oder injustam causam, wenn der Grund wenigstens nicht rechtsbeständig ist [18]), und die furtiva cond. nicht blos wenn Vindication nicht mehr möglich, sondern selbst neben derselben, d. h. ohne Rücksicht auf ihre Möglichkeit [19]), eine Anomalie, die nur ausnahmsweise („odio furum") zulässig geworden, um nämlich auch ohne Nachweisung des Besitzes auf Seiten des Diebes, also ohne Rücksicht darauf, ob man vindiciren könnte, dennoch Klagrecht zu haben [20]). Gleich der furtiva ist auch die rerum amotarum actio eine condictio [21]).

§. 62.

Certi und incerti condictio.

Wie fortwährend ex causa mutui und expensilationis, so hat ursprünglich auch aus den übrigen Condictionsfundamenten nur auf ein certum geklagt werden können, bis nach und nach die auf jene Weise übernommene incerti praestatio ebenfalls klagbar geworden, nämlich durch eine mit quidquid ob eam rem u. s. w. concipirte incerta formula, s. §. 52 a. E. (formula, qua incertum petimus) [1]). Das ist schon dann der Fall, wenn die Unbestimmtheit blos auf dem, dem Schuldner gelassenen Wahlrechte beruht [2]), also wenn man sich z. B. ein genus stipuliren lassen [3]), oder wenn die Lei-

17) Tit. D. de cond. causa data causa non secuta (12, 4). C. de cond. ob causam dator. (4, 6).

18) Tit. D. de cond. ob turp. l. injust. caus. (12, 5), C. de cond. ob turp. caus. (4, 7), de cond. ex lege et sine causa l. injusta causa (4, 9).

19) Tit. D. de cond. furt. (13, 1). C. eod. (4, 8).

20) Gaj. IV, 4 vgl. mit III, 99; §. 14 I. de actt.

21) L. 26 D. rer. amot. (25, 2).

1) Gaj. IV. 54, 131, 136. Hollweg Versuche, S. 38 fg., Not. 85).

2) L. 75 §. 8 D. de V. O. (45, 1).

3) Gaj. IV. 53 fin.

Digitized by Google

stung noch unter den erweiterten Begriff des dare gebracht werden konnte, wie die Bestellung einer Servitut oder eines Pfandrechts[4]); ferner dann, wenn man zur Bestellung einer Caution, Wiederherstellung einer (z. B. indebite) erlassenen Obligation, oder umgekehrt zur Liberation von einer eingegangenen Obligation, aus eben jenen Gründen verpflichtet wird, aus welchen man zunächst nur ein certum condiciren durfte[5]). Aber nicht blos, wenn doch immer noch datio, sey es auch i. w. S., oder sey es incerta Species condicirt, oder liberationis oder obligationis cond.[6]) angestellt wurde, sondern überhaupt auf jede, nicht zu allgemeine[7]) Leistung hat man endlich aus denselben Gründen, aus welchen zunächst nur certa obligatio entstand, eine auf quidquid dare *facere* oportet concipirte formula zu geben sich bequemt[8]). Sie ist aber durch den mangelnden Zusaz: ex

---

4) L. 19 D. de S. P. R. (8, 3). L. 56 §. 6 D. de V. O. vgl. mit L. 22 §. 1 D. de cond. ind., L. 8 pr. D. de A. E. (19, 1). L. 75 §. 3 de V. O. L. 1 de usu etc. per leg. (33, 2).

5) L. 16 §. 2 D. de min. (4, 4). L. 5 §. 1 D. de usufr car. rer. (7, 5). L. 4, 9 fin., L. 10 D. de cond. caus. data (12, 4). L. 3 D. de cond. sine caus. (12, 7). L. 2 §. 3, 4 de don. (39, 5). L. 12 de nov. (46, 2), u. s. w.

6) L. 1 pr. L. 3 de cond. sine causa (12, 7). L. 5 fin. de A. E. (19, 1). L. 46 pr. fin., L. 76 D. de I. D. (23, 3). L. un. C. de err. calc. (2, 5).

7) L. 94, L. 115 pr. de V. O.

8) So aus der auf ein incertum gerichteten Stipulation, u. „sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet", Gaj. IV. 53 fin. — Gaj. IV. 131, 136, 137. L. 75 § 7, L. 76 §. 1 D. de V. O. (45, 1). Aus einem aufs facere gerichteten Legate u. s. w., wie denn schon bey dem leg. sinendi modo die Formel immer auf dare facere geht, Gaj. II. 213. — Daß diese Klagen aufs incertum auf späterer Erweiterung beruhen, das geht auch daraus hervor, daß die älteren Juristen, wie Labeo, bey Eingehung jener Obligationen, wie der Stipulation, die Beyfügung einer poena, si factum non erit verlangen, L. 137 §. 7 mit L. 71 D. de V. O. L. 8 sub f. D. ratam rem haberi (46, 8);

Digitized by Google

fide bona, durch ihr Fundament und durch die mithin immer nur einseitige Rücksicht, welche der Richter zu nehmen hat, dennoch von der wirklichen b. f. actio verschieden geblieben, so sehr sie auch in mehreren einzelnen Wirkungen derselben näher kommen mußte [9]). Das war besonders dann der Fall, wenn jene Verpflichtungsgründe selbst, z. B. die Stipulation, auf bona fides concipirt wurden [10]), und so muß man also diese incerti actiones mehr oder weniger als die das System der stricti juris und bonae fidei actiones vermittelnden Klagen ansehen. Wenigstens haben durch die incerti condictiones die b. f. actiones aufgehört, die einzigen incerti actiones zu seyn, und man kann nun sogar, wenn man den Ausdruck condictio in der §. 60 a. E. angegebenen weitern Bedeutung gebraucht, sagen: „condictiones incerti seyen diejenigen actiones in personam, welche eine formula in jus concepta mit incerta intentio haben [11]),“ wohin aber alle bonae fidei und auch die praescriptis verbis actiones gehören. Im e. S. hat man aber fortwährend die wahre und ursprüngliche, nämlich die certi cond. der lieber nach ihren Entstehungsgründen benannten incerti actio [12]) entgegengesezt, so daß man die aus der Stipulation entspringende Klage condictio nannte, wenn daraus auf ein certum, und ex stipulatu a., wenn daraus auf ein incertum geklagt wurde [13]). Indessen war kein Grund da, solche auf ein facere gerichteten Klagen nicht im w. S. auch condictiones zu nennen [14]). Uebrigens kann auch aus der incerta obligatio, wenn sie es darum ist,

---

wie denn auch Justinian noch den Rath gibt, die incerta stipulatio auf die Weise zu einer certa zu machen, §. 7 I. de V. O.

9) Z. B. Gaj. II. 280.

10) Z. B. L. Gall. Cisalp. Col. 1, l. 27 u. 36.

11) So Keller S. 252. S. auch Hollweg S. 40, Not. 87).

12) L. 27 f. D. de rec. (4, 8). L. 8 D. de usufr. ear. (7, 5). L. pr. D. de usur. (22, 1). L. 75 §. 4 de leg. 1. (30).

13) L. 24 D. de R. C. (12, 1). Init. I. de V. O.

14) S. Not. 6), vgl. mit L. 75 §. 7 D. de V. O. And. Mein. Mühlenbr. in Heid. Jahrb. v. 1821, S. 59 fg. S. aber

Digitized by Google

weil die Leiſtung bedingt oder betagt war, nach Eintritt des dies oder der conditio certi condictio angeſtellt werden, vorausgeſezt, daß das Fundament der Obligation eine certi cond. begründen kann[15]), was freylich bey bonae fidei negotiis als ſolchen nicht der Fall iſt[16]). — Ob, wie bey den legis actiones, ſo auch im Formularprozeß, erſt nur certa pecunia und ſpäterhin auch jedes andere certum condicirt werden durfte, das iſt freylich dadurch nicht erwieſen, daß Cicero gerade die auf certa *pecunia* concipirte Formel hervorzuheben veranlaßt war[17]); aber eher dadurch, daß die Pandectiſten noch unter der a. si certum petatur gerade die auf Geld gerichtete verſtehen[18]), und ihr jede andere, nämlich certi oder incerti cond.[19]), unter dem Namen triticiaria entgegenſetzen[20]), welcher Name etwa ſo erklärt werden könnte, daß die erſte über die pecunia numerata hinaus zuläſſig gewordene condictio bey Getreide vorgekommen[21]). Auch haben wir bereits aus §. 52 die einfachere Faſſung der auf pecunia certa gerichteten intentio kennen gelernt, und wiſſen auf jeden Fall, daß die a. de pec. certa credita in mehrerer Beziehung ausgezeichnet[22]), und daß hier der Pro-

---

Jul. Rubo üb. die Theilbarkeit der Obligatt., Berl. 1822, S. 52, auch *Ribbentrop* Diss. cit. p. 34 sq. not. 36).

15) Dieſen einfachen Sinn der L. 9 pr. D. de R. C. hat nur Rubo S. 84 fg. richtig angegeben, weder vorher Gans S. 127 fg., noch nachher *Heffter* ad Gaj. p. 67.

16) Denn allerdings kann Ein und daſſelbe Geſchäft zur Entſtehung einer condictio eben ſo wohl als b. f. actio, u. ſo auch zu einer Concurrenz der beyden Klagen Veranlaſſung geben, Gans, S. 124 fg., u. daraus erklärt ſich L. 13 D. dep. (16, 3), L. 28 §. 4 de jurejur. (12, 2). *Heffter* p. 67.

17) Nämlich pro Rosc. C. c. 4.

18) L. 1 pr. D. de cond. triticiaria (13, 3). Vgl. L. 6 pr. §. 1 D. de conf. (42, 2), auch die Rubr. D. de reb. creditis, *si certum petatur* (12. 1), C. si cert. petatur (4, 2).

19) Gans S. 85—88. 20) L. 1 pr. D. cit.

21) „Immo potius *Triticiana* ab auctore suo", ſagt *Heffter*, p. 71.

22) L. Gall. Cisalp. c. 21. — Gaj. IV. 171.

zeß zu allen Zeiten am wenigsten complicirt war[23]). Ihr ist wohl die indebiti condictio und manche andere der Art, vielleicht selbst die auf stipulirtes Geld gerichtete Klage nachgebildet worden[24]). Die der intentio certae pecuniae entsprechende condemnatio ging wieder auf certa pecunia, bey jeder andern certa res auf quanti ea res est, und bey incerti condictio konnte sie auch cum taxatione concipirt werden[25]); so wie denn auch je nach dieser Stufenfolge das dadurch begründete judicium immer weniger einfach war, und dem Richter ein immer freyerer Spielraum gegeben wurde[26]).

§. 63.

Die Gesammtheit der bonae fidei judicia *).

Die Fälle, in welchen ein bonae fidei judicium eintritt, oder, wie sich Cicero ausdrückt, die judicia oder arbitria, in quibus additur ex fide bona, oder die arbitria schlechtweg, wie sie auch bey den Pandectisten heißen, lassen sich nicht so, wie die Condictionsfundamente, auf bestimmte Classen zurückführen, und es werden auch in unseren Quellen grade die bonae fidei actiones nur aufgezählt; von Cicero [1]) beyspielsweise, und wohl vollständig von Gajus und Justinian [2]). Danach war bonae fidei das fiduciae judicium [3]), und überhaupt jede auf nexi obligatio beruhende oder dar-

---

23) Auch noch wieder unter den christlichen Kaisern wird die Klage ex mutuo schneller gefördert, s. §. 144.

24) *Hefftter*, p. 72.

25) Ob. §. 56, 57. *Hefftter* p. 73.

26) Hollweg Vers. S. 39, Not. 86).

*) Gans Obl. S. 15—21. S. 98—123. *Hefftter* Obs. XV.

1) Cic. Top. c. 17. de off. III. 15 und 17, auch de nat. Deor. III. 30.

2) Gaj. IV. 62, wo freylich theils Confusion der Handschrift, theils der unlesbare Schluß in den Weg tritt; s. Göschens, Unterholzners u. Hefftters Noten. §. 28, 29 I. de actt.

3) Ueber seine Formel ob. §. 60 bey Not. 6).

Digitized by Google

aus entstandene Klage, wie die pignoratitia [4]), depositi [5]), commodati [6]), dann emti [7]) venditi, locati conducti, ferner aber auch die rei uxoriae [8]), pro socio [9]), tutelae [10]), mandati [11]) und negotiorum gestorum actiones. Diese alle nennt schon Cicero als solche, mit Ausnahme der depositi und pignoratitia a., die wohl damals noch nicht neben der fiducia ausgebildet waren. Denn es leidet keinen Zweifel, daß alle jene Klagen seit der Zeit, daß sie als besondere Klagen in den Formularprozeß eingetreten, auf jene Weise concipirt werden. Daraus, daß die beyden Theilungsklagen, familiae erciscundae und communi dividundo [12]), wie es scheint, von Gajus nicht mit aufgezählt worden sind, folgt aber nicht, daß sie nicht auch damals schon so gut, wie zu Ulpians und Paulus Zeit, bonae fidei waren [13]), indem ihrer Gajus in diesem Zusammenhange vielleicht blos darum nicht gedacht hat, weil es mit ihnen allerdings eine eigenthümli-

---

4) Wenn die auch Gajus nicht genannt hat, weil er der fiduciae a. gedachte, so kömmt sie doch in §. 28 I. cit. vor.

5) Vom officium *arbitri* dabey: L. 24 D. dep. (16, 3).

6) S. noch L. 18 §. ult. D. commod. (13, 6). L. 3 §. 2 eod.

7) Heißt *arbitrium* auch bey Val. Max. VIII. 2.

8) S. die Formel ob. §. 60 bey Not. 5).

9) *Arbitrium* genannt bey Cic. pro Rosc. C. c. 4 und 9, pro Quint. c. 3. L. 38 D. pro socio (17, 2).

10) *Arbitrium* tutelae in Rubr. C. 5, 51. S. noch L. ult. §. 2 D. de app. (49, 1).

11) *Arbitrium* auch bey Cic. pro Rosc. Am. c. 39.

12) Dieser gedenkt Cic. ad div. VII, ep. 12. *Arbitrium* u. *arbiter* für beyde Theilungsklagen: L. 47 pr. L. 52 §. 2 D. fam. erc. (10, 2). L. 26 D. comm. div. (10, 3).

13) Nach L. 4 §. 2, L. 14 §. 1 D. comm. div. war wenigstens die a. comm. div., und eben so war auch die fam. erc. a., nach welcher jene erst sich ausgebildet, L. 9 C. fam. ercisc. (3, 36), L. 3 C. communia (3. 38), §. 28 I. cit. bonae fidei. Aber *Hessler* p. 27 meint, dazu sey es erst nach Gajus gekommen, weil — die Formel nur auf *quantum adjudicari oportet* gerichtet gewesen! S. aber auch Julian in L. 24 pr. D. comm. div. (10, 3).

Digitized by Google

che Bewandtniß hat[14]), da es theils judicia duplicia sind, theils nicht die gewöhnliche der bonae fidei intentio entsprechende condemnatio, sondern zunächst adjudicatio folgte. Die praescriptis verbis actiones sind der Sache nach wie die wirklichen b. f. actiones behandelt worden (§. 55), und einige davon, nämlich, wie sich Justinian ausdrückt, die praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, sind auch wirklich bonae fidei geworden. Es konnte das leicht dadurch geschehen, daß man alsdann, wenn im Fall des Commissions- oder Tauschvertrags praescr. verb. a. angestellt wurde, den Zusaz ex fide bona in die Formel brachte[15]). Jenes scheint wenigstens zu Ulpians Zeit der Fall gewesen zu seyn[16]), dieses etwa erst noch später[17]). Daß Gajus davon schweigt, darf um so weniger auffallen, als seine Schule überhaupt der Zulassung der, damals ohnehin noch ziemlich neuen, praescr. verb. actiones nicht geneigt war, s. §. 55. Endlich ist die hereditatis petitio durch eine Justinianische Constitution[18]) den b. f. judiciis zugesellt, d. h. in der Wirksamkeit denselben gleichgestellt worden, da ja eine formularum conceptio damals schon lange nicht mehr Statt hatte. Wenn also der Kaiser berichtet, daß es „usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non“[19]), so war dieser Zweifel offenbar nicht der, ob sie wie die b. f. actiones concipirt werden kön-

14) Gans S. 113 fgg.

15) Daß überhaupt die praescr. v. actt. so concipirt worden, glaubt *Heffter*, p. 79, aber dann ist unerklärlich, wie der §. 28 I. de actt. grade nur die im Texte genannten als b. f. actt. hervorheben konnte.

16) L. 1 D. de aestim. (19, 3).

17) L. 2 C. de rerum permutatione et praescr. verbis (4, 64) v. Diocletian.

18) L. ult. §. 3 C. de pet. her. (3, 31).

19) §. 28 f. I. de actt.

Digitized by Google

ne [20]), weil das bey keiner in rem actio, die ja grade den Gegensaz mit einer auf dare facere gerichteten intentio bildet, auch nur denkbar war, sondern lediglich der, ob nicht das officium judicis hier einen freyern Spielraum haben solle, als es sonst bey *arbitraria* formula der Fall ist, nämlich ob es nicht auch hier, wie bey den wirklichen b. f. actiones, einer besondern doli exceptio gar nicht bedürfe [21]).

§. 63 a.

Das Wesen der bonae fidei judicia.

Während der Richter bey den strictis judiciis ohne besondere Instruction nur darauf achten darf, ob der behauptete Anspruch gegründet sey, so verpflichtet die Instruction bey bonae fidei judiciis denselben, alle die Rücksichten zu nehmen, welche die Billigkeit fodert, und darum auch jedesmal wenigstens die auf demselben Grunde beruhenden Gegenansprüche zu berücksichtigen, und so denn am Ende „in reliquum" zu verurtheilen [1]). Der Gegenstand des Judiciums kann also allemal nur ein incertum, und die formula nur als incerta concipirt seyn. Aber das allein characterisirt nicht, seitdem es auch incerti condictiones gab, und da bey den in factum formulis sogar großentheils nur über ein incertum zu judiciren war, s. §. 54. Sondern es kömmt hinzu der große Spielraum des richterlichen Officiums, und daß namentlich alle die etwa vorhandenen gegenseitigen Ansprüche berücksichtigt werden mußten [2]). Deswegen mußten alle ihrer Natur nach synallagmatischen Geschäfte, nämlich emtio venditio,

---

20) Auf die formelle Rücksicht geht Justinians ganze Darstellung nicht, noch weniger seine Entscheidung.

21) Vgl. L. 38, 39 §. 1, L. ult. D. de her. pet. (5, 3), mit §. 63[a], Not. 7) a. E., wonach es sich auch ergibt, wie eine Klage in blos materiellem Sinne b. f. genannt werden konnte.

1) Cic. Top. 17. de off. III. 17. Gaj. IV. 61, 63. §. 30, 39 I. de actt. L. 5 pr. D. de O. et A. (44, 7) u. s. w.

2) Gans, S. 15 fgg. S. 98 fgg.

Digitized by Google

locatio conductio und societas, nothwendiger Weise ein b. f. judicium begründen, eben so die communio einer hereditas oder einer anderen Sache; aber daß auch aus andern Geschäften des gewöhnlichen Verkehrs (quibus vitae societas continetur[3]), bey welchen nur zufälliger Weise billigermaßen zu beachtende Gegenansprüche entstehen konnten, ebenfalls b. f. actiones gegeben worden sind, ist schon mehr positiv, obwohl auch bey diesen übrigen Geschäften ein Gegenanspruch weit leichter und natürlicher erwachsen kann, als bey den Begebenheiten, aus welchen die Condictionen entspringen. Gehen wir nun auf das Einzelne, so fodert der Character der b. f. negotia 1. „dolum malum semper abesse[4]," es sind judicia de fide mala, wie sich Cicero ausdrückt[5], d. h. alle die Rücksichten, welche der Richter anderwärts nur in Folge einer durch doli exceptio bedingten Instruction nehmen darf, liegen hier demselben schon von selbst ob, gehören zu seinem officium: „doli exceptiones bonae fidei actioni insunt," „judicium continet in se doli mali exceptionem"[6]. Das ist dagegen schon dann nicht der Fall, sobald dieselbe Klage nicht in jus, sondern in factum concipirt wird[7]. Man darf aber jenen Saz nicht, wie gewöhnlich[8],

3) Cic. de off. l. c.

4) L. 6 f. D. de A. E. (19, 1).

5) Cic. de nat. Deor. III. 30.

6) L. 3 D. de resc. vend. (18, 5). — L. 84 §. 5 de leg. 1. (30). — Vat. fr. §. 94. L. 21 f. D. sol. matr. (24, 3).

7) Denn die Vergleichung der beyden Schemata bey Gaj. IV. 47 zeigt, daß alsdann sogleich die clausula doli in die Formel kömmt. — Da die doli exc. und replicatio auch einem anderen Judicium die Wirkung gibt, welche das b. f. judicium von selbst hat, so läßt sich auch der Ausdruck in L. 3 C. de exc. (8, 36) erklären, und ferner begreifen, wie Justinian die Controverse, ob auch der hered. petitio doli exc. inwohne, so darstellen konnte, als habe man gestritten, ob diese Klage bon. fidei sey, s. §. 63 a. E.

8) Dagegen *Burnouf*, p. 29 sq. Hefftter Institt. S. 280, Not. 25).

Digitized by Google

so generalisiren, als wenn es bey einer b. f. actio gar nicht zur Conception irgend einer Exception gekommen wäre, was vielmehr bey denen, die auf besondern Gründen beruhen, und nicht schon geradezu der bona fides gemäß sind, wie bey den procuratoriae, cognitoriae, litis residuae, rei judicatae, quod facere possit exceptiones [9]) u. s. w. allerdings der Fall seyn mußte. 2. Daß auch klagweise von beyden Parteyen aus demselben Fundamente Hülfe gefodert werden könne. Die vollständigste Zweyseitigkeit ist zwar bey denjenigen Obligationen, deren Natur schon beyderseitige Leistung fodert, wesentlich, und ist die Leistung eine verschiedene, so sind auch die Klagen verschiedenartige, nämlich emti venditi, locati conducti, oder dieselbe, nämlich bey den Gemeinschaftsverhältnissen, so sind die Klagen aller Theilhaber die nämlichen, pro socio, communi dividundo, familiae erciscundae; aber auch bey den übrigen nur zufälliger Weise Gegenfoderungen erzeugenden b. f. obligationes sind nach und nach ebenfalls contrariae actiones entstanden [10]), welcher Ausdruck im e. S., wie in unsern juristischen Quellen, gerade für die der leztern Art gebraucht wird. Cicero schon sagt, daß bey den meisten arbitriis judicia contraria (hier im w. S.) beständen [11]), und zur Zeit der Pandectisten war es durchgängig der Fall, außer daß gegen rei uxoriae a. auf andere Weise geholfen wurde (Bd. 1, S. 612 fg.), und daß keiner praescr. verb. a. eine andere Klage aus demselben Geschäfte entgegentreten kann, als etwa wieder eine praescr. verb. a. Insbesondere von der contraria tutelae a. wissen wir, daß sie der Prätor eingeführt hat [12]), sie ist also, und

---

9) L. 8 D. de exc. rei jud. (44, 2) mit Gaj. IV. 107. — L. 7 D. de except. (44, 1) u. s. w.

10) Ueber die Bildungsgeschichte der contrariae actiones: Gans S. 109—113.

11) Cic. de off. III. 17.

12) L. 1 D. de tutelae (27, 4).

Digitized by Google

vielleicht keine contraria a. i. c. S., nicht selbst bonae fidei, sondern nur in factum concipirt. Es wird durch diese contrariae actiones geltend gemacht, was man, verklagt, defensionsweise in Anspruch nehmen kann [13]), und vielleicht dürfte die ausdrückliche Bemerkung, daß man, auch ohne mit directa actio belangt zu werden, dennoch die contr. a. anstellen könne [14]), zu dem Schlusse berechtigen, daß es nicht ursprünglich so war, und daß also, wo anfangs blos Defension, hernach zwar contraria a., aber nicht sogleich in der Maße zulässig war, daß man nicht erst von der andern Seite hätte verklagt seyn müssen, um diese Klage anstellen zu dürfen. Endlich 3. kann dem Kläger in einem b. f. judicium sogar officio judicis mehr zuerkannt werden, als er nach der bloßen seiner Klage zum Grunde liegenden Obligation fodern könnte, nämlich Zinsen und Früchte, und namentlich für Zinsen ist durch den Einfluß kaiserlicher Rescripte dieser Grundsaz zu einer sehr umfassenden Anwendung gekommen, so daß schon des bloßen Verzugs wegen, oder, wenn es der Billigkeit gemäß war, für gehabten Gebrauch, auf Zinsen erkannt werden konnte [15]); wie denn überhaupt die bey der Schätzung des Interesse zu beobachtenden Grundsätze bey b. f. judiciis andere sind, als bey den übrigen, wovon noch §. 121 fg. die Rede seyn wird.

---

13) L. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5). L. 18 §. 4 comm. (13, 6).

14) L. 17 §. 1 commod. L. 1 §. 8 D. de tutelae (27, 4).

15) L. 7 D. de neg. gest. (3, 5): quia tantundem in bon. fid. judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. L. 24 D. dep. (16, 3): — — et est constitutum, in bon. fid. judiciis quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio. L. 54 pr. loc. (19, 2): — — usurae enim in bon. fid. judiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quamex officio judicis applicentur —. L. 1 pr. L. 37 D. de usur. (22, 1). — L. 34 D. eod.

Digitized by Google

§. 64.

In rem actiones*).

Einleitung, und von der sponsio.

Die civilen in rem actiones, welchen vom Verfahren durch die vindiciae auch im Formularprozesse der Name vindicatio ausschließlich geblieben ist (§. 39)[1], wurden hier auf zweyerley Weise geltend gemacht, entweder per sponsionem oder per formulam petitoriam[2]. Jene ist offenbar die ältere, da sie noch ganz auf Analogie der sacramenti actio beruht, und es gedenkt ihrer bereits Cicero im Gegensatze der legis actio, und zwar bey der hereditatis petitio (s. Note 6)). Bey Vindication einer körperlichen Sache war auch die petitoria formula dem Cicero bekannt (s. §. 65 Note 2)), die dagegen auf hered. petitio wohl erst späterhin angewandt worden[3]. Es ist schon im §. 53 bemerkt worden, daß die den Vindicationen zu Grunde liegende Behauptung nur auf künstliche Weise mit dem Formularprozesse vereinbart werden konnte. Das geschah also zunächst per sponsionem, d. h. auf folgende Weise. Wie man bey der legis a. formell nur darüber prozessirte, wer das sacramentum verwirken müsse (§. 38), so per formulam darüber, wer die Wette verlieren werde, welche man über den Grund oder Ungrund der klä-

*) *Ribbentrop* Diss. cit. p. 2—41. Hollweg in Ztschr. f. gesch. Rw. S. 379—382. S. 388—397. *Heffter* Obs. XVIII.

1) „Vindicare i. e. intendere —— ex jure Quiritium esse", Gaj. II. 194.

2) Gaj. IV. 91. Daß nämlich Gajus hier blos von den eigentlichen Vindicationen redet, das beweist für die sponsio das „si homo — *ex jure Quiritium* meum est in §. 93, u. obwohl die andere Formel auch bey den prätorischen in rem actiones concipirt worden (§. 65), so geschah es nicht gradezu so, wie bey Gaj. §. 92, daß „actor intendit rem suam esse."

3) Daß das nämlich geschah, darüber unten. Aber daß es erst nach Cicero geschah, möchte eben daraus folgen, daß er hier nur der Alternative zwischen legis actio oder sponsio gedenkt, s. Note 6).

Digitized by Google

gerischen Behauptung eingegangen, und die Vindication wird scheinbar eine bloße Schuldklage [4]). Nämlich in der echt civilen Form, also durch spondesne? spondeo, und zwar in jure, läßt sich der Kläger eine bestimmte Summe [5]) stipuliren auf den Fall, daß seine Behauptung gegründet erfunden werde, und wird er beweisfällig, so muß der Beklagte vom Richter absolvirt, wo nicht, zur Zahlung jener Summe condemnirt werden. Allein es kann diese Summe nicht eingeklagt werden, die sponsio ist nicht poenalis, sondern praejudicialis d. h. sie bildet nur den formalen Gegenstand des Prozesses, materiell ist aber dadurch entschieden, daß dem Kläger das behauptete Eigenthum zustehe. Damit nun auf den Fall, daß der verurtheilte Beklagte jezt nicht gutwillig die Sache mit den Früchten herausgeben wolle, dem Kläger geholfen werden könne, so mußte, noch bevor es zum wirklichen Spondiren kam, der Beklagte stipuliren (und wohl cum satisdatione) [6]), daß er die Sache mit den inzwischen genossenen und vorhandenen Früchten unverlezt [7]) herausgeben werde. Da diese Stipulation ganz denselben Zweck, wie die veralteten vom Besitzer gestellten praedes litis vindiciarum hat [8]), so wurde sie pro praede litis vindiciarum stipulatio genannt [9]). Es wird hier zum Spondiren eben so gut

4) Hollw. S. 381.

5) 25 Sesterz. nennt Gaj. IV. 39 wohl nur beyspielsweise, die Summe mochte verschieden seyn, je nach dem Werthe des Gegenstandes.

6) Cic. Verr. I. 45: „Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset sponsionem faceret (also erst Satisdation, dann die Sponsion). Ita de hereditate certaret.

7) (Ascon.) ad Cic. l. c. fin.

8) Nur daß man ehemals rem ipsam erhielt, Gaj. IV. 48, jezt aber mit der a. ex stipulatu nur auf Geld klagen kann, *Ribbentr.* p. 34.

9) Dieser Zusammenhang ergibt sich aus Gaj. IV. 91, 93, 94, vgl. mit Cic. l. c.; s. auch Vat. fr. §. 336. In §. 94 kann ich aber

Digitized by Google

wie bey der legis a. zum Verſprechen des Succumbenzgeldes provocirt (provocans adversarium tali sponsione), über die sponsio prozeſſirt und erkannt, jedoch in der Wirklichkeit dem Sieger blos durch die andere Stipulation geholfen [10]). Der Unterſchied aber liegt darin, daß zum sacramentum beyde Theile provocirten, weil beyde Theile vindicirten, und daß es der unterliegende Theil einbüßen mußte. Dagegen per formulam findet keine contravindicatio Statt, Beklagter iſt, wer beſizt, und bleibt es auch während des Prozeſſes. Er ſpondirt alſo allein, iſt von Beweislaſt frey, der Kläger kann nicht condemnirt werden, aber auch der condemnirte Beklagte büßt die ſpondirte Summe nicht ein, ſondern verwirkt nur dem Sieger gegenüber daſſelbe, was bey der legis actio. (ſ. Not. 9)). In wie weit ein ſolches Verfahren etwa

---

nicht nach Savignys Vorſchlag leſen: unde etiam is, cum quo agitur, *non restipulatur*. ideo u. ſ. w., weil dann der Nachſaz mit dem Vorderſaz in keinem rechten Zuſammenhange ſteht, und weil ja nicht die sponsio ſelbſt pro praede litis vindiciarum heißt, ſondern wenn per sponsionem geklagt wird, ſo kömmt es zu dieſer Stipulation, wenn per form. petitoriam zu der stipul. judicat. solvi, u. ſo wenig wie dieſe Stipulation die form. petitoria ſelbſt iſt, ſo wenig iſt jene Stipulation die sponsio. — Lieſt man aber nach Hefftérs Vorſchlag (p. XXXIX, ad §. 91 fin.): unde etiam is, c. q. a., *pro praede litis vindiciarum satisdat, inde* u. ſ. w., ſo hat die Stelle den einfachen Sinn: „weil aber die vom Beklagten ſpondirte Summe nicht eingeklagt werden kann, ſo muß er auch (neben der sponsio) Bürgſchaft leiſten, daß er die von ihm beſeſſene Sache mit dem Ertrag herausgeben wolle, wie dafür auch ehemals der Beſitzer (nämlich der, secundum quem vindiciae dicebantur) praedes ſtellen mußte."

10) Unterholzner in krit. Ztſchr. Bd. 4, S. 231 fg. iſt der Meinung, daß man ſich vielmehr nur gradezu vom Prätor in den Beſiz ſetzen laſſen konnte, u. die Caution blos der Verſchlechterung und der Früchte wegen eingegangen worden. Allein ſchon der Name für die lis u. für die vindiciae deutet auf Haupt- und Nebenſachen; u. war einmal sponsione geſiegt, ſo hat das Andere weiter keine große Umſtändlichkeit.

Digitized by Google

gerade durch die lex Aebutia begründet worden, muß dahin gestellt bleiben, aber das per legis actionem bestand noch lange daneben[11]), und ist nur etwa dem per spons. ähnlicher geworden durch die an die Stelle der praedes getretene Stipulation[12]). Daß, wie res und hereditas, so auch Servituten per sponsionem vindicirt werden konnten, das zu leugnen ist wenigstens kein Grund da, obwohl freylich durch die petitoria formula offenbar die sponsio nach und nach verdrängt worden ist, so daß von dieser in Justinians Compilation keine sichere Spur mehr gefunden werden kann. Endlich für das liberale judicium läßt sich ohnehin die andere Form gar nicht denken, s. §. 66.

---

11) Gaj. IV. 95 (Vgl. ob. §. 35 und 38). Der einfache von Hollweg S. 388 fgg. auf allzukünstliche Weise gesuchte Sinn dieser Stelle ist der: Bey den Centumvirn trägt man nicht durch Vermittlung einer vom Magistrate concipirten formula darauf an, daß der Gegner zu einer summa sponsionis verurtheilt werde (d. h. zu der in der Formel verabredeten), [was freylich in der Wirklichkeit die Folge hat, daß wenn nun nicht in natura geleistet, die litis vindiciarum stipulatio committirt wird], sondern (noch nach wie vor) durch legis actio. Man provocirt den Gegner durch sacramentum (d. h. man fodert ihn auf sich zu dieser Zahlung spondirend zu verpflichten), und diese sponsio sacramenti [s. §. 38, Note 10)] pflegt seit der lex ... [Vermuthungen über ihren Namen: Dirksen Vers. S. 184 fgg. u. Andere, s. Göschens, Unterholzners u. Heffters Noten ad §. cit.] 125 Sesterzien zu betragen [der Vorschlag XXV zu lesen, wegen Gaj. IV. 93, ist um so unhaltbarer, als XXV wohl blos Beyspiel ist, s. Not. 5)]. Es versteht sich von selbst, daß der weitere Verlauf der Sache der ist, welchen wir bey der legis a. kennen gelernt haben. — Wenn endlich Gajus nur von einer zweyfachen Art der in rem actio spricht, so kann man das sowohl dadurch erklären, daß er dieses blos vom Verfahren per formulam sagt, als so, daß er auch die legis a. zum Verfahren per sponsionem rechnet.

12) Denn nach Gaj. IV. 94 waren sie veraltet, aber vielleicht noch nicht zu Ciceros Zeit, Hollweg S. 395, Not. 68).

§. 65.

Von der petitoria formula.

Einfacher ist die petit. form., wobey schlechtweg actor (denn auch hier ist blos der Besitzer Beklagter) intendit rem suam esse [1]), also in der §. 52 beschriebenen Weise, an welche intentio sich eine also gefaßte condemnatio anschließt, daß eine arbitraria form. entsteht, vgl. §. 67, z. B. so: *L. Octavius judex esto. Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quirit. A. Aii. esse,* NEQUE IS FUNDUS AO. AO. RESTITUETUR [2]), *quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemna, s. n. p. a.* [3]). Es soll also hier indirecter Weise die Restitution der Sache selbst bewirkt, und so die nur auf Geld zu richtende Condemnation vermieden werden. Zugleich muß der Beklagte judicatum solvi stipuliren, nämlich sowohl de re defendenda, als für gehörige Erfüllung der endlichen Verurtheilung, wenn es dazu kommen sollte, Bürgen stellen [4]). Allein bevor er litem ästimirt und auf die aestimatio condemnirt, erkennt der Richter die in der intentio ausgesprochene Behauptung, sobald er sie erwiesen findet, förmlich und so, daß es res judicati bildet, an, es sey durch die ausdrückliche Fassung seiner Sentenz (jussus) oder implicite durch die angeordnete Herausgabe der Sache an den Kläger [5]). Restituirt der Beklagte, oder verliert schuldloser Weise den Besiz, so erfolgt

---

1) Gaj. IV. 92.

2) Diese Formel kömmt vor bey Cic. Verr. II. 12, wenn man sie von den in des Verres Namen absichtlich hineingebrachten Fehlern befreyt. *Hefster*, p. 91, Keller, S. 214, Not.

3) So Gaj. IV. 51 fin.

4) Gaj. IV. 91. pr. I. de satisd. (4, 11). L. 1, 9, 13 D. judicat. solvi (46, 7).

5) Beydes, daß „judex sententia declaravit meum esse", u. daß er „rem arbitrabitur mihi restitui", ergibt sich aus L. 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1). Vgl. L. 40 §. 2 de proc. (3, 3). L. 3 §. 3 de reb. eor. qui sub tut. (27, 9). L. 6 §. 2 de conf. (42, 2).

Digitized by Google

in der Hauptsache[6]) Absolution[7]). Dagegen, wenn er dem Befehle nachzukommen willkührlich weigert (also wegen contumacia), oder wenn er dolo desiit possidere, so erfolgt Condemnation auf das vom Kläger zu beschwörende[8]), und wenn er blos aus (levis) culpa nicht restituiren kann, auf das vom Richter zu schätzende Interesse[9]). Allein auf Verlangen des Klägers[10]), denn was sollte sonst entscheiden[11])? wird auch das vorläufige arbitrium, und zwar durch Vermittlung des *judex*, womöglich[12]) wirklich erequirt[13]). Mit

L. 15 D. de exc. rei jud. (44, 2). *Ribbentrop*, p. 37—40. Keller, S. 115.

6) Denn s. L. 68 D. de R. V. L. 41 §. 1 de re jud. (42, 1).

7) Je nach Umständen gegen Caution, so wie auch umgekehrt die Condemnation erst noch durch irgend eine Remission von Seiten des Klägers bedingt seyn kann, L. 57 D. de her. pet. (5, 3). L. 7 D. si serv. vind. „— ut victori officio judicis aut res praestetur aut cautio." L. 58 D. de R. V. (6, 1). L. 9 §. 1 de furt. (47, 2).

8) L. 41 §. 1 D. de re jud. (42, 1). — L. 16 §. 3 de pignor. (20, 1), auch L. ult. D. de fidej. (46, 1).

9) L. 68 de R. V. (6, 1) — — Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, i. e. quanti adversarii interfuit, condemnandus est. L. 2 §. 1 de in lit. jur. (12, 3).

10) Glück Comm. Bd. 8, S. 227 fg. *Ribbentrop*, p. 8. Keller S. 215 fg. Schwierigkeit macht zwar L. 3 §. 2 D. de reb. eor. (27, 9), indessen darf man nur an den Fall denken, wo nicht restituirt werden konnte, z. B. weil der Besitzer dolo desiit possidere.

11) Daß es auch wegen bloßer Weigerung zur wirklichen Condemnation kommen kann, darüber L. ult. D. de fidej. (46, 1). L. 21 C. de R. V. (3, 32).

12) Denn einen Zwang gegen die Person konnte sich der judex nicht erlauben, *Ribbentr.* p. 28 sq.

13) Cic. l. c.: „non necesse erit *L. Octavio judici cogere* P. Servilium Qu. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum, quem non oporteat?" L. 68 D. de R. V. Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari *officio judicis* ab eo possessio transfer-

der Vindication einer körperlichen Sache ist die der hereditas formell identisch, wie bey den legis actiones (§. 39) so im Formularprozesse. Auch bey der hereditatis petitio ist die doppelte Form, per sponsionem (§. 64), und die andere vorgekommen, wo actor intendit, *hanc hereditatem suam esse*, damit alsdann officio judicis Restitution oder pecuniaria condemnatio ausgewirkt werde [14]). Dasselbe gilt von der servitutum vindicatio, wo gewiß auch per spons. prozessirt wurde (§. 64. a. E.), aber wo in Folge der intentio: si paret, hoc *jus* (z. B. eundi, ambulandi) ejus esse, womöglich ebenfalls die Leistung selbst, oder Caution erzwungen werden konnte [15]). Zwischen den beyden Formen durfte offenbar der

---

tur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. L. 58 eod. — non oportere *judicem* cogere, ut eum (servum) traderet, nisi ei satisdatum esset. L. 9 eod. Officium autem judicis in hac actione [in] hoc erit, ut *judex* inspiciat, an reus possideat, nec ad rem pertinebit, qua ex causa possideat; ubi enim probavi, rem meam esse, *necesse habebit possessor restituere* etc. L. 57 D. de her. pet. (5, 3). — Zwar will *A. Faber* Conj. XVI, c. 17—20, de err. pragm. Dec. 18, err. 5—7, das Alles nicht zugeben, u. insbesondere in L. 68 cit. jedes Wort für Tribonianisch angesehen wissen. Allein dageg. schon *Huber* Eunomia Rom. ad L. 68 de R. V., p. 311 sqq. *Bynkershoek* Obss. III. 14. Nur nimmt dieser doch an dem Ausdrucke manu militari Anstand; allein man muß darum nicht an wirkliche milites denken, was ja auch Justinian nicht sagen konnte, s. L. 1 C. de off. militar. jud. (1, 46), sondern an dieselben Diener, deren sich auch der Magistrat bediente, wo gleichfalls die Ausdrücke manus militaris, officium militare vorkommen, L. 3 pr. D. ne vis fiat ei (43, 4). L. 2 C. si mancip. ita ven. (4, 56). Vgl. L. 1 §. 2 D. si ventris nom. (25, 5). Erst nach ganz vollendeter Thätigkeit des judex, also nach der eigentlichen condemnatio, tritt wiederum die Wirksamkeit des Magistrats ein, wie späterhin zu zeigen ist; aber vorher mußten auch dem judex gewisse Zwangsmittel verstattet seyn, vgl. *J. Gothofred.* ad L. un. C. Th. de off. jud. milit. — Ueberh. *Ribbentr.* p. 4 sq., p. 14—18.

14) L. 3, 10, 57 D. de her. pet. (5, 3), vgl. mit §. 2 I. de off. jud. L. 9 pr. L. 15 D. de exc. rei jud. (44, 2).

15) L. 4 §. 4, L. 7, 9 D. si serv. vind. (8, 5). Vat. fr. §. 92.

Digitized by Google

Kläger wählen, aber die alterthümliche Sponsion ist freylich immer seltner geworden, und ohne Zweifel bey den prätorischen in rem actiones gar nicht zur Anwendung gekommen, so daß diesen die petitoria form. ausschließlich angehörte[16]). Vielleicht ist aber auch bey der pignoris vindicatio keine sponsio concipirt worden, so daß sie[17]) so gut wie die hypothecaria a. nur arbitraria war[18]). Diese, nämlich die Serviana und quasi Serviana, war in factum concipirt[19]), und dadurch unterschieden von denjenigen in rem actiones, welche, wenn auch prätorisch, doch fictitiae actiones, und in sofern in jus conceptae waren (§. 54); nämlich die Publiciana und umgekehrt die rescissa usucapione, und dann die den Creditoren gegen fraudulose Veräußerung gestattete *in rem* actio[20]). Andere utiles in rem actiones, wie die des Emphyteuta, Superficiars u. s. w., mit welchen res ipsa (nicht blos ein jus daran) vindicirt wurde, waren wohl nicht fictitiae, sondern eher in factum concipirt. Ueber die in rem a., welche ein liberale judicium begründet, s. den folg. §.

§. 66.

Vom Besitze bey dinglichen Klagen und vom liberale judicium.

Wenn in rem per formulam geklagt wird, so ist der Besitz

---

16) Das ist offenbar der Grund, warum in §. 31 I. de actt. grade die rei, hereditatis u. servitutum *vindicatio*, so wie die Interdicte, nicht unter den arbitrariae actiones aufgezählt werden, weil sie es nicht ausschließlich, sondern nur insofern gewesen, als nicht per sponsionem prozessirt wurde, s. auch *Ribbentr.* p. 26 sq., not. 29).

17) Ueber die petitoria formula dabey: L. 16 §. 3 de pign. (20, 1).

18) S. auch L. 21 §. 3 de pignorib. *Ribbentr.* p. 41 sqq.

19) Die intentio spricht das Factum der Verpfändung aus, nicht die Existenz eines Pfandrechts, L. 1 C. si pign. conv. (8, 33). *Ribbentr.* p. 41 sqq. Keller S. 217. (Das Weitere über die Formel gehört nicht hierher).

20) §. 3—7 I. de actt.

des ſtreitigen und wie bey der legis a. genau zu bezeichnenden Gegenſtandes [1]) die factiſche (alſo nicht in der intentio erwähnte) Bedingung der Verurtheilung [2]), wovon nur bey der ſ. g. negatoria und confessoria a. eine Ausnahme galt. War die Frage, wer von ihnen Beſitzer ſey, unter den Parteyen ſtreitig, ſo wurde dieſer Streit nicht, wie bey der legis a., mit dem Eigenthumsprozeſſe verbunden, ſondern Gegenſtand eines beſonderen und zwar Interdictenprozeſſes, ſ. §. 73 und 74. Leugnet aber der mit rei vindicatio Belangte, daß er Beſitzer ſey, und der Kläger beharrt dennoch auf Conſtituirung eines Judiciums, ſo braucht derſelbe nur den Beſiz zu beweiſen, weil ſolcher alsdann durch den Magiſtrat auf den Gegner transferirt wird, und dem bisherigen Beſitzer überlaſſen bleibt, als Vindicant aufzutreten [3]). Ingleichen wechſeln die Parteyrollen dann, wenn der Beklagte ſich durch verweigertes Spondiren oder Stipuliren dem Prozeſſe entziehen, der andere aber ſatisdiren wollte. Es iſt dieſer Grundſaz gleichfalls dem Verfahren bey der legis a. entnommen, und mußte daher um ſo mehr für die formula per sponsionem gelten, aber er iſt auch in das prätoriſche Edict übergegangen, und vielleicht eben dadurch allgemein, d. h. auch für die petitoria form., anerkannt worden, und bey der hereditatis eben ſo gut, als bey singularum re-

---

1) L. 6 D. de R. V. (6, 1) u. ſ. w.

2) Leugnet alſo der Beklagte, daß er beſitze, ſo muß der Kläger auch das beweiſen. Räumt der Kläger in jure ſelbſt ein, daß er gegen einen Nichtbeſitzer klage, ſo wird gar kein judicium eröffnet, geht der Beſiz nach der Litiscontestation verloren, ſo muß der Beklagte entweder abſolvirt oder aber als ſ. g. fictus possessor condemnirt werden, vgl. §. 65, Not. 8), 9) mit L. 58 D. de R. V. Das Leztere geſchieht auch, wenn er den Beſiz fälſchlich zugeſteht (liti se obtulit), L. 27 pr. eod. „*omnino condemnandus est*“, ſ. auch L. 25 eod.; denn ein arbitrium de restituendo würde in dieſem Falle fruchtlos ſeyn.

3) L. ult. D. de R. V. S. unt. §. 85.

Digitized by Google

rum petitio, und nicht minder bey den Servitutenklagen [4]). Hat man aber cavirt, so ist man domini loco, denn auch gegen Verschlechterungen ist der Gegner nun gesichert [5]). — Eine eigenthümliche Bewandtniß hat es mit dem Streit um die Freyheit [6]). Daß er, wie ehemals, so auch im Formularprozeß als wahre Vindication vorgekommen, scheint gewiß [7]). Die petit. form. läßt sich aber dabey nicht gut denken, denn was wäre zu restituiren? Also bliebe nur die sponsio über, und in der condemnatio auf die summa sponsionis läge materiell der Ausspruch, entweder, daß Stichus

4) L. un. C. uti possid. (8, 6) — — satisdationis vel transferendae possessionis Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscit. Paul. I, 11 §. 1. L. 6 §. ult. D. de Carb. (37, 10). L. 15 D. de O. N. N. (39, 1).

5) L. 5 pr. D. de her. pet. (5, 3). L. 15 §. ult. D. de quaest. (48, 18).

6) Tit. de liberali causa, Paul. V. 1. D. 40, 12. C. 7, 16. C. Th. 4, 8.

7) Der Ausdruck „ex servitute aut libertinitate in ingemuitatem *vindicati*" in L. 32 D. ht. beweist das freylich nicht; denn vindicare hat hier die nicht technische Bedeutung von Geltendmachen überhaupt, da man im Zustande der Libertinität gewiß nur durch praejudicialis actio, nicht durch wahre vindicatio die Anerkennung der Ingenuität erlangte, s. §. 69. Wäre aber auch die Freyheit selbst nur durch praejudicium geltend gemacht worden, so hätte Gaj IV. 44 dieses Beyspiel gewiß vorzugsweise hervorgehoben. Er sagt aber nur: „qua quaeritur aliquis *libertus* sit", u. erst §. 13 I. de actt.: „an aliquis *liber* vel libertus sit", mit der Bemerkung, daß fere una illa (praejud. actio) *legitimam* causam habet, per quam quaeritur, *an aliquis liber sit*, die anderen Präjudicien seyen prätorischen Ursprungs. Also scheint erst späterhin die vindicatio libertatis zu einer bloßen praejudicialis a. geworden zu seyn, die vindicatio in servitutem (eine wahre Eigenthumsklage: si paret hunc hominem *meum* esse) wohl nie. Uebrigens gibt die alte Literatur, bey ihrer Unklarheit über den Begriff der praejudicialis a., u. bey ihrer Unbekanntschaft mit dem Unterschiede von legis a. u. formula (denn daß dort das lib. judicium eine Vindication war, beruht freylich auf bestimmten Zeugnissen), keinen Aufschluß. Neuere Untersuchungen sind aber hier noch nicht angestellt worden.

Sclave des A. Agerius sey, wenn dieser in servitutem, oder daß jener frey sey, wenn er in libertatem vindicirt hatte. Durch die Absolution aber wird in jenem Falle nur erkannt, daß Stichus nicht Sclave des Aulus sey [8]), wenn dieser nicht etwa im Gegenbeweise seine wirkliche Freyheit darthut [9]), in diesem Falle freylich, daß er es sey. Einfacher wurde dasselbe Resultat zum Theil durch die, wie es scheint, an die Stelle der untergegangenen sponsio getretene praejudicialis form. erreicht, s. Note 7). Ein contravindicare findet auch beym liberale judicium nicht Statt, und der Zustand vor dem Prozeß (ob man als Sclave seines Gegners, oder *sine dolo malo* [10]) in possessione libertatis lebte) entschied über die Parteyrollen [11]). War aber dieser selbst bestritten, so konnte darüber nicht, wie es beym Streit um den Sachbesitz durch Interdicte geschah, vorerst ein abgesondertes Judicium veranlaßt werden, sondern es trat alsdann insofern ein, was bey der legis a., daß der Magistrat sogleich bey der ersten Instruirung des liberale judicium (da, wo auch die etwa nöthigen Cautionen bestellt wurden [12])) selbst entschied, — und das hieß litem ordinare oder praeparare — wer als Kläger (petitor), wer als Beklagter (possessor) gelten, d. h. wer die Beweislast übernehmen müsse, also ob es als ein petere ex libertate in servitutem, oder ex servitute in libertatem anzusehen sey [13]). Ein besonderes Decret hat wohl

---

8) L. 27 §. 1 D. ht. L. 31 C. ht. Auch L. 4 C. eod. hat keinen allgemeineren Sinn, vgl. L. 27 C. eod.

9) Arg. L. 14 D. de probatt. (22, 3).

10) Denn, daß wer non sine dolo malo in libertate ist, gleich stehe dem in servitute constitutus, „*Edicto perpetuo* cavetur, L. 21 C. ht.

11) L. 7 §. ult. L. 10, 11, 12 pr. — §. 4 D. ht. L. 15 C. de probb. (4, 19). L. 5 C. ht.

12) L. 39 §. 5 D. de proc. (3, 3).

13) L. 7 §. ult. D. ht. Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum di-

Digitized by Google

darüber nicht grade erlassen werden müssen, sofern es nämlich noch in demselben Termine zur Litiscontestation kam, denn dann ergab es sich auf jeden Fall aus der Conception der Formel schon von selbst. War aber einmal judicium ordinirt[14]), so trat von nun an durchaus wieder der alte und hier sprichwörtlich gewordene Grundsaz in Wirksamkeit, daß man, so lange über unsern Status gestritten wird, als frey gelten müsse[15]), woraus denn folgt, daß man factisch frey, und nichts desto weniger seine Freyheit zu beweisen verpflichtet seyn kann. — Wer ad libertatem proclamirt, muß es sich gefallen lassen, daß der bisherige dominus seiner Seits ein judicium in factum gegen ihn einleitet, in Folge dessen jener, wenn er für frey erklärt wird, zugleich den inzwischen dolose zugefügten Schaden zu ersetzen condemnirt wird, wobeneben Klagen wegen culposer Beschädigung reservirt bleiben[16]). Die vindicatio in servitutem steht dem abgewiesenen

---

cit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit judicium *ordinem accipere*, ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur? Et u. s. w. L. 21 C. ht. u. Note 15).

14) Der Zweifel bey Aurel. Victor c. 3, §. 5 ed. Mai. muß also auf das noch nicht ordinirte Judicium bezogen werden. — S. übrigens *Cujac.* Obss. XVIII. 23.

15) L. 25 §. 2 D. ht. Licet vulgo dicatur: *post ordinatum liberale judicium hominem, cujus de statu controversia est, liberi loco esse:* tamen, si servus sit, nihilominus eum, quod ei tradatur vel stipuletur perinde domino adquirere, atque si non de libertate ejus quaerebatur: Tantum de possessione videbimus, *cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere.* Sed u. s. w. L. 29 pr. D. eod. L. 14 C. ht. L. 1 C. qui dare tut. (5, 34). — Es geht das so weit, daß der faktisch Freye in dieser Zwischenzeit auch andere Klagen gegen den angeblichen Herrn anstellen kann, und dieser gegen jenen, L. 24 pr. §. 1, 3 D. ht., und daß er auch mit Dritten prozessiren kann, L. 24 cit. §. 2, 4, „ceterum ex eventu judicii liberalis aut utilis aut inanis actio efficietur."

16) L. 12 f. L. 13 pr. §. 1, L. 41 §. 1 D. ht.

Digitized by

Kläger nicht zum zweytenmale zu [17]), aber die in libertatem konnte aus neuen Gründen wiederholt werden [18]). Daß man übrigens nicht in eigener Person über seinen Status streiten dürfe, sondern nur durch einen gleichfalls fortwährend, wie ehemals, assertor benannten Vertreter, das galt sogar noch bis zu Justinian, der es abschaffte [19]), so daß freylich in seiner Compilation der Assertoren nicht weiter gedacht wird. Daß aber die, welche, wie der pater fam. hinsichtlich seines Sohnes [20]), der Patron hinsichtlich seines libertus, kraft eigenen Rechts oder auch nur aus verwandtschaftlichen Rücksichten interessirt sind, daß Jemand frey, nicht Sclave sey, wider dessen Willen den Prozeß auf sich nehmen können, das theilen uns auch die Digesten aus Commentaren zum prätorischen Edicte mit, in welchen das offenbar anerkannt worden ist [21]).

§. 67.

Die arbitrariae formulae *).

Arbitraria actio ist die Klage mit form. arbitraria, und diese zeichnet sich durch die Fassung der condemnatio aus. Sobald nämlich im condemnatorischen Theile der Formel dem Richter die Vollmacht gegeben wird [1]), vor der wirkli-

17) L. 4, 27 C. ht.

18) L. 25 §. 1 D. ht. Martial. Ep. I. 53. Arg. L. 1 pr. C. de assert. toll. (7, 17) u. ob. §. 15, Note 13. *Noordkerk* de lege Petronia p. 46 sq., p. 56 sqq.

19) Paul. sent. V. 1 §. 5 u. andre Stellen bey Brisson. v. adserere u. adsertor. — L. 1 C. de assertione toll. S. unt. §. 162.

20) Suet. Vesp. c. 3: „— — sed mox ingenuam et civem Romanam, recuperatorio judicio, pronuntiatam, *patre asserente*.“

21) L. 1 — L. 6 D. ht.

*) *Matth. Magnus*, lib. I. Rationum et differentiar. jur. civ., in Meerman th. T. III. p. 265—292. — Ed. Gans Obligationenrecht, S. 160—165. *Hefster* Obs. XVI. — Aber das Beste: in den Untersuchungen von *Ribbentrop* Diss. cit. §. 2—4, u. den Andeutungen von Keller, S. 169—172, S. 213—220.

1) Arbitrium commissum, L. 3 §. 13 D. ad exhib. (10, 4).

Digitized by Google

chen und freylich, wie immer, auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Verurtheilung, einen Befehl auf Befriedigung des Gläubigers zu erlassen, in der Regel einen jussus de restituendo oder de exhibendo, und erst bey unterbliebener Folgeleistung auf id, quod interest zu condemniren, so ist die so gefaßte actio arbitraria [2]). Allerdings er-

---

2) Die Beweise für diese u. die zunächst folgenden Sätze liegen in der Stelle bey Gaj. IV, 163 — — accipit formulam, quae appellatur arbitraria: nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur: quodsi nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur; — in der Definition der arbitrariae actt. in §. 31 I. de actt., es seyen ex arbitrio judicis pendentes, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat: veluti rem restituat, vel exhibeat u. s. w. condemnari debeat. Sed istae actiones *tam in rem* quam in personam inveniuntur, u. nun haben wir in der petitoria formula der in rem actiones bereits schon eine arbitraria formula und ihre Fassung kennen gelernt (§. 65). Ferner wird in L. 68 D. de R. V. nach Erörterungen über die Wirkung eines solchen der Verurtheilung vorangehenden Restitutionsbefehls bey Vindication einer körperlichen Sache, schließlich hinzugesezt: Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. Von der a. de dolo, welche wie die a. quod metus causa arbitraria ist, §. 31 I. cit., heißt es in L. 18 pr. D. de dolo (4, 3): Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit. Von der a. quod metus c. sagt L. 14 §. 3 f. §. 4 D. quod met. caus. (4, 2): — non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Haec autem actio, *cum arbitraria sit*, habet reus licentiam, usque ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem — rei facere. — Des Befehls zu exhibiren („re exhiberi *jussa*") gedenkt L. 3 §. 13 D. ad exh. (10, 4), u. daß u. wie das Exhibiren geschehen muß: L. 9 §. 5—8, L. 10, 11 pr. §. 1 D. eod. §. 3 I. de off. jud. Wenn endlich Justinian in §. 31 I. cit. auch noch davon spricht, daß jemand vor der

Digitized by Google

folgt auch dieser Befehl erst nach untersuchter Sache [3]), so daß alsdann zur wirklichen Condemnation nichts weiter nöthig ist, als die (nach Umständen durch das juramentum in litem zu bewirkende) Aestimation des Nachtheils, welcher dem Kläger aus der Nichtbefolgung erwächst. Umgekehrt durch Befriedigung des Gläubigers wird, wenigstens in der Hauptsache, der judex zu absolviren genöthigt, wenn er etwa auch noch der Nebenleistungen wegen condemniren müßte [4]). Wo das Exhibiren oder Restituiren unmöglich geworden, da freylich muß der Richter sofort condemniren oder absolviren, und wenn die Unmöglichkeit schon vor der Litiscontestation klar geworden, da hat es gar nicht zur Conception einer arbitraria form. kommen können, sondern höchstens [5]) ist der Richter gradezu auf quanti ea res est zu con-

---

Condemnation arbitrio judicis — *vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat*, so wird jenes seine Erläuterung finden durch das, was nachher über die a. de eo quod certo loco gesagt wird. Dieses aber darf nicht so verstanden werden, als wenn etwa jedes noxale judicium arbitrair wäre, mithin ein jussus auf noxae datio der condemnatio in die litis aestimatio voranging, denn s. ob §. 57 a. E. Wenn aber die Delictsklage an sich arbitraria ist, wie die de dolo u. metus causa, so muß dann freylich schon das vorangehende Arbitrium die noxae dedendi facultas verstatten, u. so erklären sich die Worte des §. 31 I. cit. Im Wesentlichen ist das schon früherhin bemerkt worden, s. z. B. *Vinnius* ad §. 31 I. de actt. nr. 6, Zimmern Noxalklagen, S. 163—166.

3) Das versteht sich theils von selbst, da er vorher bedeutungslos wäre, theils ergibt es sich daraus, daß ja sonst von erzwungener Execution eines solchen Befehls (s. unt.) nicht die Rede seyn könnte.

4) Vgl. das: „et ita absolvitur" bey Gaj. l. c.; §. 27 I. de actt., ferner was darüber schon in §. 65 vorgekommen, L. 4 §. 1 D. de eo quod certo loco vgl. mit den nachherigen Erörterungen u. mit L. 14 §. 5 quod met. caus. — so wie überhaupt die arbitrairen Klagen zu denen gehören, deren absolutorische Natur von keiner Partey geleugnet worden zu seyn scheint, Gaj. IV. 114 mit *Ribb.* p. 21 sq., Keller S. 183., Not. 11). S. unt. §. 121, nr. 2.

5) Denn es kann auch seyn, daß nun gar kein Judicium gegen

demniren, oder den Schuldlosen zu absolviren angewiesen worden [6]). — Zweyerley steht aber nun in Frage. 1. Ist und dann, wie ist jener bloße Befehl erzwingbar? und 2. welche Klagen sind arbitrariae, und was ist dann jedesmal Gegenstand der wirklichen Condemnation? — Die erste Frage ist für die arbiträren in rem actiones in §. 65 beantwortet worden; dieselbe Antwort ist, was den jussus *de restituendo* betrifft, auch für die übrigen Klagen zu geben [7]), und dadurch erst wird der Grundsaz, daß nur auf Geld condemnirt werden könne, insoweit unschädlich [8]). Allein daß auch das arbitrium de exhibendo, wobey hinsichtlich des dolus und der condemnatio keine abweichenden Grundsätze gelten [9]), erzwingbar gewesen, dafür haben wir weder ein Zeugniß, noch scheint es nöthig; denn das Exhibiren gewährt nicht durch sich selbst, sondern nur mittelbares Interesse, so daß es hinreichend seyn mochte, wenn der Ungehorsame auf dieses Interesse condemnirt wurde. Noch weniger war der vorläufige Befehl erzwingbar, wenn er blos im Allgemeinen auf Befriedigung gerichtet war, wie es bey der a. de eo quod certo loco [10]) der Fall gewesen zu seyn scheint. Was nämlich an einem bestimmten Orte geleistet

---

diesen Beklagten eingeleitet wurde, z. B. keine in rem oder ad exhibendum a. gegen den, welcher schuldloser Weise zu besitzen aufgehört hatte.

6) L. 18 §. 1 de dolo. Condemnirt wurde nämlich, wer entweder diese Unmöglichkeit doloser Weise bewirkt, oder wer auch wenn er nicht restituiren kann dennoch haften muß, wie bey a. de dolo der Fall ist, und bey a. quod m. c. hinsichtlich dessen „qui vim admisit", nicht des Dritten, L. 14 §. 5 quod met. causa. S. Not. 2), 4) u. §. 65, Not. 8) u. 9).

7) L. 68 f. D. de R. V.

8) S. auch Keller, S. 216, Not.

9) L. 11 pr. D. ad exhib., L. 2 de in lit. jur. (12, 3) u. s. w.

10) D. de eo quod certo loco dari oportet (13, 4), C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit (3, 18). §. 33 I. de actt. — Gans, S. 70—75. Hollweg Vers. S. 36—45.

Digitized by Google

werden soll, das konnte mit *certi* condictio auch nur an diesem Orte eingeklagt werden [11]), und wenn es dennoch Bedürfniß war, das Klagrecht anderwärts zu gestatten, so blieb nichts Anderes übrig, als statt der certi cond. eine andere [12]) Klage, man kann mit den Römern sagen, eine *utilis* a. zu geben [13]). Sie bewirkten dieses formell aber dadurch, daß sie, und zwar jedenfalls schon vor Labeo [14]), eine arbitraria a. ertheilten [15]), d. h. offenbar, zwar die intentio certa, z. B. aus der Stipulation [16]), dem Darlehn, dem Damnationslegate zuließen [17]), wie schon der Name de eo quod — *dari* op. zeigt, aber die Sorge für gehörige Befriedigung des Gläubigers in das arbitrium judicis stellten. Wenn dieser nun zur wirklichen Verurtheilung schreiten mußte, so hat er den Einfluß der Ortsverschiedenheit auf den Preis, es sey zu Gunsten des Gläubigers oder Schuldners, zu berücksichtigen [18]), aber wenn es vorher zu einer, wenigstens dem Richter genügend scheinenden Befriedigung des Klägers kömmt, z. B. nach Umständen auch

---

11) Die stipulatio *Ephesi* dare spondes? ist offenbar certa, weil man dabey nichts Anderes voraussetzen konnte, als daß zu Ephesus geklagt werden sollte, und es konnte also auch nur certi condictio gegeben werden. Wollte man aber anderwärts klagen, so würde die intentio incerta seyn müssen, weil der Richter alsdann auch den Werth der Ortsverschiedenheit in Anschlag zu bringen hätte; aber incerti actio konnte aus einer certa obligatio nicht gegeben werden, s. Hollweg, S. 42, Not. 95).

12) Daß die a. de eo quod certo loco nicht selbst condictio sey, hat Gans bemerkt, und wird seitdem nicht mehr wie vorher verkannt.

13) L. 1 D. ht. §. 33 I. cit. Darum folgt sie in den Digesten unmittelbar auf die Condictionen-Titel.

14) L. 2 §. 8 D. ht.

15) L. 2 pr. §. 8, L. 3, 4 §. 1, L. 5 D. ht. §. 31 I. cit.

16) Als der gewöhnlichste Fall, meistens allein erwähnt L. 1 D., Rubr. C. ht.

17) L. 5, 6 D. eod.

18) L. 2 pr. §. 8, L. 3 D. eod. §. 33 I. de actt.

Digitized by Google

durch Cautionsleistung, so muß er von der gegenwärtigen Klage absolviren [19]). Die Formel könnte mithin etwa so concipirt worden seyn: *J. e. si paret, Nm. Nm. Ao. Ao. centum Ephesi dare oportere, neque eo nomine Ao. Ao. a No. No. satisfactum erit, quanti ea res erit, j. c.* [20]). Läßt dagegen das Klagfundament incerta form. zu, so kann die, es sey bonae fidei a. [21]) oder incerti cond. [22]), gradezu am andern Orte angestellt werden, und zur arbitraria a. ist kein Bedürfniß da.

§. 68.

Fortsetzung. Die einzelnen arbitr. actiones.

Arbitrariae sind nun aber 1. die in rem actiones mit formula petitoria (§. 65), 2. die interdicta exhibitoria und re-

---

19) L. 4 §. 1 D. eod.

20) Daß es mit der a. de eo quod certo loco eine andere Bewandtniß hat, als mit den übrigen arbitriis, hat man längst eingesehen, aber deshalb oft eine doppelte Natur der arbitr. actiones angenommen, wonach sie nicht immer einen vorangehenden Befehl voraussetzen, z. B. *Vinnius* l. c. nr. 2 u. Viele, was aber theils dem §. 31 I. cit. widerspricht, theils den ganzen Begriff vag und einen Gattungsbegriff unmöglich macht. Deshalb wird umgekehrt von Gans, S. 163 fg. (freylich vor der Bekanntschaft mit Gajus), auch von *Hefftter* ad Gaj. p. 84 behauptet, daß dasjenige, was im Texte als das Characteristische der arbitr. actiones angegeben worden, nur einer speciellen Classe von arbitr. Klagen angehöre, u. die Verweisung des Richters auf das bonum et aequum zum Gattungsbegriff gemacht (in welchem Sinne aber hier von aequitas die Rede, darüber §. 68, Not. 1) a. E.). So muß sich dann freylich noch eine bunte Reihe von Klagen zu arbitrairen stempeln lassen, u. ein Resultat entstehn, wenig besser, als wie es *Tigerström*, p. 153 sqq. darstellt: der Ausdruck arbitr. actio sey nur eine negativ allgemeine Bezeichnung für alle Klagen, welche nicht bonae fidei oder stricti juris.

21) L. 7 pr. D. ht. Arg. L. 16 §. 1 D. de pec. const. (13, 5).

22) L. 43 D. de jud., u. so ist auch L. 22 C. de R. V. (3, 32), L. 4 D. de cond. trit. (13, 3) zu verstehn, Hollw. S. 45, Not. 105).

Digitized by Google

stitutoria, wenn nicht per sponsionem prozeſſirt wurde, ſ. §. 71, 3. die a. de eo quod certo loco, ſ. §. 67 a. E. 4. auch andere perſönliche Klagen, aber welche? Gewiß nicht die Condictionen und die als bonae fidei concipirten Actionen, denn von ihnen werden die arbitrariae als ein Drittes unterſchieden, und in dem einzigen Falle, wo an die intentio si paret dare op. eine arbitr. condemnatio geknüpft iſt, iſt die Klage keine modificirte Condiction, ſondern eine ganz andere[1]). Es bleibt alſo nur noch in factum concipirte intentio übrig, an welche ſich arbitr. formula bey perſönlichen Klagen an-

---

1) S. §. 67 a. E. Für die stricti juris actiones kömmt noch der Grund hinzu, daß hier der Saz omnia judicia esse absolutoria von den Proculianern unmöglich geleugnet werden konnte, ſ. §. 121, Not. 10), wenn ſie arbitrariae ſeyn konnten, *Ribbentr.* p 22. Freylich darf man nicht den umgekehrten Schluß machen, daß alle judicia, bey welchen die Proculianer den Saz zugeben, arbitrariae ſeyen. Das hat ſchon *Vinnius* l. c. nr. 1 bemerkt, während man ſie vorher als eine beſondere Art der ſtricten Klagen angeſehen hat, wogegen man ſie in neuerer Zeit auch ſchon als eine zweyte Gattung der arbitria den strictis judiciis entgegengeſezt hat, Mühlenbr. in Heid. Jahrb. v. 1821, S. 49, weil Cicero nur judicia u. arbitria unterſcheidet, u. weil hier wie bey den b. f. judiciis der Richter arbiter iſt (vgl. §. 60). Allein Ciceros Gegenſaz ſollte nicht die geſammten judicia umfaſſen. Aber eine auf der intentio beruhende Unterſcheidung bietet mit der durch die condemnatio characteriſirten Formel ohnehin nur inſofern eine Vergleichung dar, als man auch hier die intentio betrachtet. Die iſt nun bey den arbitrariis actionib. in der Regel in rem oder in factum concipirt, alſo ſowohl von den stricti als bonae fidei judiciis verſchieden, u. ſelbſt die arbitraria a., die mit jenen einerley intentio hat, die a. de eo quod certo loco, wird von denſelben ausdrücklich unterſchieden. — Aber auch die dem Richter bey den arbitrairen Klagen gelaſſene Freyheit iſt durchaus nicht die der b. f. judicia. Exceptionen ſind nöthig, z. B. L. 3 §. 13 D. ad exhib., Gegenſeitigkeit iſt wenigſtens nicht weſentlich, und der judex hat blos äſtimirend als arbiter zu verfahren, und inſofern, nämlich ob nicht genug geleiſtet worden, um abſolviren zu können, die aequitas zu berückſichtigen, L. 4 D. de eo quod certo loco. §. 31 f. I. cit.

Digitized by Google

schließen könnte, was ja bey der prätorischen de dolo und quod metus causa a. (§. 67) gar nicht anders seyn kann, und auf diese Weise scheinen auch Klagen, die uns als b. f. bekannt sind, arbitrariae geworden zu seyn, namentlich die depositi [2]) und also wohl auch commodati [3]) a.; und gerade für diese beyde Klagen ist es gewiß, daß auch eine in factum form. proponirt worden, wofür nun noch ein anderer, als der in §. 54 angegebene Zweck gefunden wäre [4]). Eine arbitraria form. konnte nämlich der Kläger überall verlangen, wo zu exhibiren ist, worauf unter den actiones blos mittelst der offenbar nur in factum concipirten ad exhibendum a. angetragen werden konnte, oder zu restituiren, im eigentlichen S. d. W. d. h. ein bloßer Besitz zurückzugeben, oder irgend eine äußere Verunstaltung wegzuräumen, wie bey der gleichfalls arbiträren aquae pluviae arcendae a. [5]). Insofern konnte unter den b. f. actiones gerade die depositi und commodati, vielleicht auch locati a. als arbitr. concipirt werden. Wenn ferner mit der a. de dolo Restitution einer Sache erlangt werden konnte, so ist sie ebenfalls arbitraria [6]), ebenso wie die a. quod metus causa. Beyde sind auch pönal, jene nämlich ist infamirend [7]), diese geht aufs Vierfache, aber immer nur insofern, als es zur Condemnation kömmt [8]). Zum Character der arbitraria a. gehört es jedoch keineswegs,

---

2) L. 1 §. 21 D. dep. (16, 3). 3) Keller, S. 171.

4) S. auch Keller, S. 358, Not. 3).

5) L. 6 §. 6, 8 D. de aqua (39, 3), vgl. mit L. 24 §. 1 D. eod., L. 28 init. D. de prob. (22, 3).

6) Immer war es also nicht der Fall, s. L. 18 §. 1 D. de dolo. *Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est:* quid enim si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit. ideoque *protinus condemnari debeat* in id quod intersit actoris.

7) L. 11 §. 1 D. de dolo. L. 4 §. 16 de doli exc. (44, 4). S. §. 180.

8) L. 14 §. 3 f. quod met. — non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

Digitized by

daß der verweigerte Gehorsam größern Nachtheil bringe, als aufs Interesse condemnirt zu werden. Es gibt vielmehr arbiträre Klagen, die nicht pönal, so wie pönale, die nicht arbiträr sind. Nur hat absichtliche Nichterfüllung (contumacia), oder gar durch dolus oder culpa lata bewirkte Unmöglichkeit jedesmal die Folge, daß das Interesse durch den Eid des Gegners, freylich mit Taxation des Richters, ermittelt werden durfte[9]). Endlich scheint auch noch aufs bloße tradere oder mancipare der Befehl gerichtet, wenigstens die emti a. in solcher Weise als arbitraria concipirt werden zu können, weil nur in dieser Form diese ausdrücklich bezeugte[10]), aber freylich am Ende doch nur indirect mögliche Erzwingbarkeit erklärlich ist[11]). Daß etwa die sämmtlichen b. f. actiones als arbitrariae concipirt werden konnten, läßt sich nicht darthun. Schließlich ist noch der eigenthümlichen, auch bereits bey der legis a. per judicis postulationem besprochenen, finium regundorum a. zu gedenken, von deren Conception im Formularprozesse wenigstens soviel gewiß ist. Die formula ist gleichfalls arbitr., obwohl der arbiter nicht immer zur Erlassung eines Befehls kommen kann. Zunächst freylich soll er suchen, ist's nöthig, durch mensores die richtigen Gränzen zu finden[12]), und dann offenbar zuerst die gehörige Restitution anordnen, so daß die Sache nun den Gang nimmt, wie bey der Eigenthumsklage. Denn es kann auch Abhauung von Bäumen, Niederreißung von Gebäuden befohlen werden, bevor es zur Condemnation kömmt[13]), und

---

9) S. §. 57, Not. 8) u. 9), u. §. 135.

10) Paul. I. 13ª, §. 4 — venditor cogi potest, ut tradat vel mancipet. Gaj. IV. 130 — — si — ex empto agamus, *ut nobis fundus mancipio detur* u. s. w. oder *de vacua possessione tradenda* — actio. — *Ribbentrop*, der p. 30 andrer Meinung ist, hat diese Stellen nicht dabey berücksichtigt.

11) Stahl, S. 46.

12) L. 2 §. 1, L. 8 §. 1 D. fin. reg. (10, 1).

13) L. 4 §. 3 eod. Sed et si quis judici non pareat in suc-

Digitized by Google

bey dieser selbst wird wiederum das id quod interest geschäzt, und kömmt der Ertrag u. s. w. in Betracht[14]). Auf den Fall aber, daß der Richter die echten Gränzen nicht würde ausfindig machen können, instruirt ihn die Formel, durch Adjudiciren durchzugreifen[15]), und da läßt sich denn freylich ein vorangehendes Arbitrium gar nicht denken, wie bey keiner adjudicatio, die ja nicht, wie die condemnatio, auf Geld geht. Uebrigens kann es hier auch zum Theil zum Adjudiciren, zum Theil zum Condemniren kommen[16]).

§. 69.

Praejudiciales actiones*).

Durch praejudicialis formula, wie ihr Begriff §. 53 angegeben worden, und deren Entstehung im prätorischen Rechte zu suchen ist, s. §. 66. Note 7), soll wie durch in rem a. die richterliche Anerkennung eines Umstandes ausgemittelt werden, welcher nur 1. nicht wie dort ein absolutes Recht an einer Sache, oder eine Thatsache (wie die der Verpfändung) ist, aus welcher ein solches Recht folgt, sondern entweder ein Status[1]) im Sinne von conditio personarum, ein jus über eine Person, oder endlich eine auf die subjectiven Verhältnisse einer Person bezügliche Thatsache. 2. Wird bey den technisch so benannten in rem actiones jener Anerkennung vermöge des condemnatorischen Theils der Formel sogleich Folge gegeben, so daß also dabey der Streit um das Recht selbst und der persönliche um die Folgen der

---

cidenda arbore vel aedificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur.

14) L. 4 pr. §. 1 D. eod. 15) L. 2 §. 1 eod.

16) L. 2 §. 1 L. 3 D. eod.

*) S. §. 53, Not. 5). Dú Roi im Archiv f. civ. Pr. VI, 3, S. 406 fg. Hugo, 10te Rg. S. 585 fg.

1) Daß darauf die praejudicia nicht, wie man sonst geglaubt hat, beschränkt sind, ergibt sich aus Gaj. IV. 44, u. sagt auch der Scholiast der Basiliken zu L. 35 §. 3 D. de proc. bey *Meerman* Th. T. V, p. 15.

Digitized by

Vorenthaltung verbunden sind, während durch praejudicialis a.[2]), praejudicium i. d. S.[3]), eben weiter nichts, als der vorläufige Ausspruch ausgewirkt wird. Davon kann man alsdann den gehörigen Gebrauch machen[4]), es sey, wenn es noch nöthig ist, durch Anstellung einer actio, persecutio, oder auf andere Weise, z. B. wenn die Vaterschaft anerkannt ist, durch Klage auf Alimentation, wenn der Patronat, durch Klage auf die operae, sofern sie dennoch verweigert werden; ebenso kann es vom Präjudicium abhängen, ob famosa a., inwiefern in jus vocatio zulässig ist, u. s. w.[5]). Es sind also die praejudiciales actiones nicht nur wegen ihrer absoluten Fassung generell, in rem i. d. S., sondern noch insbesondere den wirklichen in rem actiones in einer bestimmten Beziehung so analog, daß Justinian allerdings sagen konnte: praejudiciales actiones in rem esse videntur[6]),

---

2) Im e. S. wird praejudicium u. actio unterschieden, L. 35 § 2 D. de proc. (3, 3). L. 37 de O. et A. (44, 7).

3) Z. B. Praejudicio experiri, L. 30 D. de reb. auct. jud. (42, 5). Praejudicium postulare (d. h. um eine praejudicialis formula eben so wie um jede andere bitten) Gaj. III, 123. L. 35 §. 2 cit. Ob die Formel etwa mit den Worten anfängt: J. e. *Praejudicio quaerito*, an (Arg. Gaj. l. c. Paul. V. 9, 1), wie *Hefftter* ad Gaj. p. 60 glaubt, steht dahin. Sie könnte auch schlechtweg so lauten: J. e. an (darüber, ob u. s. w.).

4) Jedoch braucht der Grund des Gesuchs beym Präjudicialprozeß nicht angeführt zu werden, L. 6 D. si ingenuus (40, 14) „... sive nulla causa." Die „simplex petitio, cum quaeritur, in quo jure sit res aut persona" bey Aur. Victor ars rhet. c. 2 §. 5 versteht Schrader in krit. Ztschr. I. 2, S. 144 a. E. wohl mit Recht von der praejudicialis actio.

5) L. 6 D. cit. L. 18 pr. D. de prob. (22, 3). L. 5 §. 18 D. de agnosc. (25, 3).

6) §. 13 I. de actt. Allerdings hat Du Roi Recht, daß die Eintheilung der actiones in solche, die in rem u. die in personam sind, die praejudicia nicht mit umfaßt, s. auch Not. 2), u. daß allenfalls erst Justinian jenen Ausdruck gebraucht, u. daß alle die besonderen Verhältnisse beym Eigenthumsstreite hier nicht eintreten, aber unter den allgemeinen Begriff: „Klagen auf An-

Digitized by Google

und das um so mehr, als manche wirkliche vindicatio spä-terhin zu einer praejudicialis a. geworden ist, wie die liber-tatis petitio, s. §. 66. Note 7), und vielleicht auch die Geltendmachung der patria potestas [7]). Beym Streit über den Status, ob nämlich Jemand frey, und ob er ingenuus oder libertinus sey [8]), es mag nun dieser als libertus von dem, der Patronatsrechte ausüben will, in Anspruch ge-nommen werden, oder umgekehrt Jemand sich „ex libertini-tate ingenuitati asserere“ [9]), kömmt Alles darauf an, daß mit dem „justus contradictor“ gestritten worden, denn sonst entsteht keine res judicata [10]). Actoris partes übernimmt, also zu beweisen hat bey den Präjudicien ebenfalls der, nach dessen Antrag die intentio concipirt wird [11]), und beym Streit über Libertinität oder Ingenuität entscheidet auch wie-der der frühere Zustand über die Parteyrollen; nur daß man es für billig erachtet hat, demjenigen, welcher im Zustande der Ingenuität dennoch die Beweislast übernehmen will, sol-ches zu gestatten (da nämlich im umgekehrten Falle nicht an-erkannt wurde, daß er ingenuus, sondern nur, daß er nicht seines Gegners libertus sey [12])). Es wird aber auch eine praejudicialis form. ertheilt (redditur praejudicium) wenn Jemand nicht seine Libertinität überhaupt, sondern nur, daß

---

erkennung im Gegensatze der Klagen auf Leistung“, fallen die prae-judiciales so gut wie die eigentlichen in rem actiones, s. auch §. 59.

7) S. Bd. 1, §. 179, Not. 28). Ueber das praejudicium de partu agnoscendo s. Bd. 1 §. 144.

8) Theoph. IV. 6 §. 13. L. 8 §. 1 D. de in jus voc. (2, 4) — si quis praejudicio pronuntietur esse libertus, u. ob. Not. 5). Vgl. auch den Rechtsstreit des Pantomimen Paris mit der Tochter Nero's, dessen Tac. A. XIII. L. 3 §. 5 D. de cond. caus. dat. (12, 4) gedenken, *Cujac.* Obss. XVIII. 23 fin.

9) L. 2 §. 1 D. si ingenuus esse dicatur (40, 14).

10) L. 1, 5 D. eod. L. 3 D. de coll. deteg. (40, 16).

11) L. 12 D. de exc. (44, 1). L. 6 D. si ingenuus.

12) L. 14 de prob. mit L. 6 f. D. si ingenuus.

Digitized by

er libertus der und der beſtimmten Perſon ſey, in Abrede ſtellt [13]). Die noch ſonſt in unſern Quellen vorkommenden Beyſpiele von Präjudicien dieſer Art ſind das über die Frage, wie groß die Dos ſey [14]), an res centum sest. major sit [15]), ob den Sponſoren oder Fideipromiſſoren vorher das erklärt worden, was das Geſez fodert [16]), an bona jure venierint [17]).

§. 70.

Prätoriſche (in factum) actiones.

Schon die praejudiciales gehören, als unvollſtändige und daher i. e. S. von den *actiones* unterſchiedene Klagen, nicht in jenes dreytheilige Syſtem der stricti juris, bonae fidei und arbitrariae actiones, noch weniger aber die bunte Mannigfaltigkeit der in factum actiones, unter welchen nur noch die arbitrariae als eine formell geſchiedene Claſſe ausgeſchieden werden können, ſ. §. 59 und 67. Indeſſen dienen allerdings die civilrechtlichen Grundſätze den prätoriſchen Klagen mehr oder weniger zum Vorbilde. Das gilt vorzugsweiſe von den utiles, beſonders von den fictitiae actiones, die ſich ſelbſt in der Faſſung der Formel an die civilrechtlichen Klagen anſchließen, aber auch von andern prätoriſchen Klagen. Sie können theils certae, theils incertae ſeyn [1]). Denn manche werden wie stricti juris actiones behandelt [2]); ſo die a. de constituta pecunia, deren intentio der beſtimmten conſtituirten Summe gedenken muß, und bey welcher eine poenalis sponsio, wie bey der a. certae creditae pecuniae, vorkam [3]). Sie wird auch unmittelbar nach den

13) L. 6 D. cit.

14) Gaj. IV. 44. Etwa wegen der Retentionen, *Dupont*, p. 198 sq.

15) Paul. V. 9, §. 1. 16) Gaj. III. 123.

17) L. 30 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

1) Gans, S. 159. Mühlenbr. in Heid. Jahrb. 1821, S. 65.

2) *Heffter* ad Gaj. p. 75. 3) Gaj. IV. 171.

Digitize

Condictionen und der a. de eo, quod certo loco in den Digesten erörtert, und deren Anstellung an einem andern Orte, als wo zu zahlen constituirt worden, nur durch die Analogie dieser arbitraria a. gerechtfertigt[4]). Ferner die jurisjurandi a. hat eine certa oder incerta intentio, jenachdem ein certum oder irgend etwas Anderes beschworen worden, und die judicati a. geht schlechterdings nur auf certa pecunia (§. 138). Ferner wird in Folge mancher pönalen Edicte durchaus eine, wenigstens durch die Fassung der condemnatio ausgesprochene, certa pecunia in Anspruch genommen, s. §. 56, Not. 3). Aber noch öfter wird dahin, daß auf quanti ea res est condemnirt werden soll, edicirt, und so der Richter, dessen officium jedesmal durch das specielle prätorische Edict nebst seiner Interpretation geleitet wird, es sey mit oder ohne Taxation, zum Aestimiren instruirt. Hier ist es denn auch mehr oder weniger das bonum et aequum, was ihn bey Beurtheilung oder Schätzung leiten soll[5]). Manche prätorische Klage schließt sich ganz an die b. f. actiones an, wie die funeraria a., bey welcher die negotiorum gestorum a. nicht nur zur Richtschnur dient, sondern wobey der Richter noch „solutius aequitatem" befolgen soll[6]). Wie die b. f. actiones selbst ist freylich eine prätorische Klage nicht gefaßt worden; nur da, wo die a. de dolo als famosa vermieden, und die in factum a. so concipirt werden soll, daß sie nicht des dolus, sondern der bona fides Erwähnung thut[7]), konnte das etwa durch die Wendung geschehen: si paret, Nm. Nm. *non*

---

4) L. 16 §. 1 D. de const. pec. (13, 5).

5) L. 11 §. 1 D. de inj. (47, 10), (daher auch die Wirkung in L. 16, 18 pr. eod.). L. 3 pr. de sep. viol. (47, 12). L. ult. de extr. cog. (50, 13). — L. 1 pr. L. 5 §. 5 f. de his qui effud. (9, 3). Bey einer ädilit. Klage L. 42 D. de Aed. Ed. (21, 1). §. 1 I. si quadr. (4, 9).

6) L. 14 §. 6 u. 13 de relig. (11, 7).

7) L. 11 §. 1 de dolo. S. §. 54 bey Not. 24).

Digitized by Google

ex bona fide fecisse, ut u. ſ. w. [8]). Auch die populares ſind in factum actiones [9]).

Drittes Capitel.
Die Interdicte *).

§. 71.
Einleitung.

Neben den Actionen beſtand noch eine andere Form [1]), durch welche ein vom Verfahren in jure unterſchiedenes judicium veranlaßt werden konnte [2]). In ſolchen Fällen näm-

---

8) *Heffter*, p. 79. Denn mit Stahl, S. 53, Not. 129), unter dieſer in factum die praescr. verbis a. zu verſtehen, iſt ſchon darum unhaltbar, weil dieſe eine *civilis* actio iſt. Es würde auch die ganze, blos ſubſidiäre doli actio gar nicht beſtehen, wenn ihr Zweck durch die praescr. v. a. erreicht werden könnte. Allein jene in fact. a. iſt nur die gemilderte *doli actio* ſelbſt.

9) Denn daß ſie prätoriſch ſind, ergibt ſich insbeſondere aus L. ult. D. de popul. actionib. (47, 23). Vgl. auch L. 5 §. 5 de his qui effud. (9, 3).

*) Gaj. IV. 138 sqq. od. p. 235, l. 19 — p. 247. I. de interdictis (4, 15). — Paul. V. 6. — Dig. Lib. 43. u. zwar T. 1 de interdictis (sive extraord. actionibus, quae pro his competunt.) Cod. Lib. 8 T. 1, de interdictis, bis T. 9. S. den §. 73. — *Cujac.* Obss. V. 17. *Jan. a Costa* Comm. ad Rubr. et Pr. J. de interd. — Savigny Beſitz, 4ter Abſchnitt. — Haubold üb. d. Stelle v. den Interd. in den Veroneſ. Hdſchriften, in d. Ztſchr. Bd. 3, nr. XII. — *Dupont*, p. 153—179.

1) Gaj. IV. 139, u. die Abſonderung der Titel in Not. *). Im w. S. werden freylich auch die Interdicte unter dem Ausdruck actio begriffen, L. 37 pr. §. 1 D. de O. et A. (44, 7).

2) Aeltere Juriſten waren oft der Meinung, Interdictenſachen ſeyen nur vor der Obrigkeit (alſo extra ordinem) verhandelt worden, z. B. *Sigonius* de judic. I. 16. *Cujac.* Parat. ad Cod. VIII. 1, ſ. jedoch Obss. l. c. *Vinnius* ad pr. I. de interd. Aber Andere, wie Jan. a Coſta hatten ſchon die richtige Anſicht, geſtüzt auf

Digitized by Google

lich, in welchen es durch prätorische Edicte im Voraus versprochen worden [3]), ertheilt der Prätor vor allen Dingen auf das bloße Verlangen der einen, jedoch zugleich in Gegenwart der andern Partey [4]), einen Befehl (principaliter auctoritatem suam praeponit oder proponit [5])), ursprünglich vielleicht durchgängig decretum, wie nachher immer interdictum genannt (interdicit, reddit interdictum), welcher entweder gebietet, das eigentliche decretum, oder verbietet, interdictum i. e. S. Geboten wird, dem Edicte gemäß zu handeln, und zwar entweder Exhibition oder Restitution, verboten eine das Edict verletzende Handlung. Daher sind diese interdicta (i. w. S.) ihrem Inhalt und der demselben entsprechenden Fassung nach entweder exhibitoria oder restitutoria, oder prohibitoria, welche lezteren oder eigentlichen Interdicte namentlich mit vim fieri veto zu endigen pflegen [6]). Bey solchem Befehle kann es sein Bewenden haben, wie es ja auch bey Actionen nicht zum judicium kommen muß [7]),

---

Theoph. ad pr. I. cit., L. 15 §. 7, L. 21 pr. D. quod vi aut clam (43, 24), L. ult. §. ult. de precar. (43, 26), auch L. 1 §. 41 de vi (43, 16), L. 3 §. ult. uti poss. (43, 17), u. auf den Gegensaz mit notio Praetoris in L. 3 §. 3 de lib. exh. (43, 30). — Dazu kömmt denn jezt, außer Gajus, die Rücksicht auf den Ausdruck bey Frontin. ed. Goes. p. 41 (auch p. 56): „ad interdictum i. e. *jure ordinario* litigatur" in L. 1 §. 2 si ventris nomine (25, 5): „si eum per interdictum ad *jus ordinarium* remiserit", u. bey Aggen. ed. Goes. p. 68: „interdicti *formula* litigatur." Savigny Beßz, §. 34.

3) Gaj. IV. 139 mit 141. — Paul. V. 6, §. 2: ut interdictum ita et actio proponitur. L. 1 C. ht. (8, 1) — interdicta ita in albo proposita.

4) Arg. Gaj. IV. 165 u. Note 8).

5) S. Göschens u. Hefftters Noten.

6) Gaj. IV. 140 mit 139, pr. §. 1 I. und Theoph. ht. — L. Gall. Cisalp. c. 19 l. 2 u. 4. Decretum auch noch in L. 1 pr. D. de tab. exhib. (43, 5).

7) L. 6 §. 2 D. de conf. (42, 2).

Digitized by Google

und durch Einräumung kann sogar das Interdict selbst zurückgehalten werden [8]). Aber bey den exhibitorischen und restitutorischen Interdicten kann der Beklagte, d. h. der, gegen welchen es ausgewirkt worden, oder auch der Kläger, d. h. der, welcher es ausgewirkt hat, sogleich (antequam ex jure exeat) um einen arbiter d. h. um einen (unus) judex [9]) mit arbitr. form. bitten [10]). Doch konnte dem Kläger in diesem Falle das calumniae judicium opponirt werden, vielleicht auch dem Beklagten, welchen bey verweigerter Annahme Manche nun als geständig gelten lassen wollten, aber alio jure utimur, sagt Gajus [10a]). Das arbitrium wird nun, wie überhaupt das Judicium bey den Interdicten, über die Thatfrage eröffnet, ob auch wirklich gegen das Edict, welches dem Befehle zu Grunde lag, gehandelt worden [11]). In diesem Falle wird hier der Beklagte, wenn er nicht nach den §. 67 beschriebenen Grundsätzen noch immerhin durch Restituiren oder Exhibiren Absolution erwirkt, auf quanti ea res est condemnirt. Bey den prohibitorischen Interdicten, sowie bey den übrigen, wenn nicht auf der Stelle um einen arbiter gebeten worden, also wenn erst durch fortdauernden Ungehorsam bewogen der Kläger auf ein judicium dringt [12]), wird cum periculo und vor Recuperatoren prozessirt [13]). Es

---

8) L. 6 §. 2 cit. L. 1 §. 1 D. de tab. exh. si quis forte confiteatur, penes se esse testamentum, jubendus est exhibere — sed si neget se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit. Gaj. IV. 163: „quasi hoc ipso confessus — debere."

9) Denn „ad judi*cem* recuperatoresve itur", Gaj. p. 236, l. 8.

10) Gaj. IV. 141, 163, 165.

10a) Gaj. IV. 163 mit unt. §. 179.

11) Gaj. IV. 141 . . . et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit.

12) Gaj. IV. 170.

13) Denn bey den prohibitorischen Interdicten ist immer eine Ungebühr zu rügen, weshalb hier schon sogleich cum poena pro-

Digitiz

wird alsdann nämlich eine poena auf der einen Seite ſpondirt, auf der andern reſtipulirt, welche der unterliegende Theil zu Gunſten des Andern einbüßt, und woneben immerhin zur Erreichung des Zweckes ſelbſt eine arbitr. form. concipirt werden konnte[14]), die ſo oft noch neben dem Interdicte gegebene in factum actio[15]). Die Beſchleunigung der Sache, welche der Zweck der Interdicte (§. 72) zu fodern ſcheint[16]), und wenigſtens zur Zeit des untergegangenen judiciorum und interdictorum ordo wirklich foderte (§. 144), wird dadurch erreicht, daß entweder ohne Aufſchub (alſo ohne vadimonium) das judicium eingeleitet, oder daß daſſelbe vor Recuperatoren gewieſen wurde[17]), alſo auf eine auch bey Actionen vorkommende Weiſe, wie auch die ſpätere Weiſe der Beeilung keine auf Interdicte beſchränkte war. Vielleicht hat auch der Magiſtrat die Interdicte früher, als die Actionen vorgenommen. Das Judicium ſelbſt aber war ſo gründlich, wie bey Actionen[18]), und das Verfahren

---

zeſſirt wird, *Huschke* de causa Siliana, p. 7 sq. Was darüber Haubold a. a. O. S. 385 fgg. bemerkt hatte, und jezt *Hefftter* ad Gaj. p. LV anführt, iſt ungenügend.

14) Ueberh. Gaj. IV. 141, 162, 163 f., 165, 166. Cic. pro Caec. c. 8 f., ad div. VII. 21 u. dazu *Huschke* Diss. cit. Cic. pro Tullio, c. 53: „si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas, aut sponsione condemneris necesse est", vgl. *Huschke* in Anal. p. 178. Quinct. I. O. VII. 5.

15) L. 8 §. 1. L. 9 D. de relig. (11, 7). Tit. D. ne vis fiat ei (43, 4). L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. (42, 8). L. 20 §. 8 D. de n. o. n. (39, 1).

16) „Beneficio celeritatis inventum" wird wenigſtens vom int. quor. bonorum geſagt in L. 22 C. Th. quor. appell. (2, 36).

17) Denn höchſtens konnte man auf der Stelle um einen arbiter bitten, außerdem mußte ja immer per sponsionem u. alſo vor Recuperatoren prozeſſirt werden — mithin wird der Streit auf jeden Fall beſchleunigt.

18) Vgl. Ciceros Reden pro Caecina und pro Tullio.

durch vielerley Cautionen bisweilen sogar sehr umständlich und gefährlich [19]), und das Resultat des Rechtsstreits immer ein definitives [20]).

---

19) Vgl. §. 74 und Agg. Urbic. ed. Goes. p. 79: „De loco si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto *diligenter* peraguntur. Magna enim alea est, litem ad interdictum deducere, *cujus est executio perplexissima.*" — Savigny hat daher auch die gewöhnlich angenommene summarische Natur der Interdicte, insofern es nicht bey dem prätorischen Ausspruche sein Bewenden behält, in Abrede gestellt, schon im Besitz, 4te A., S. 349 fg., dann in der Ztschrft. Bd. 5, S. 4 fgg. Und allerdings mit Recht, insofern man geglaubt hat, bey Interdicten genüge unvollständige Beweisführung, s. g. Bescheinigung (s. aber L. 3 §. 13 de itin.), u. würden die nicht sogleich liquiden Einreden zurückgewiesen; woraus nämlich weiter folgen würde, daß es blos provisorische Rechtsmittel wären, eine Ansicht, die Thibaut im Archiv Bd. 10, nr. XXIII wirklich wieder vertheidigt hat. Dagegen G. F. Puchta in Erl. Jahrb. Bd. 9, S. 1 fgg. und Savigny in Ztschr. Bd. 6, nr. III, bes. S. 259—271. Für die wenigsten Fälle ist ja auch neben dem Interdicte noch eine (s. g. definitive) actio gegeben, bey dem interd. quorum bonorum, wo es der Fall ist, wird dennoch vom Kläger Beweis der erlangten bonorum possessio verlangt — „si probaveris" — L. 1 C. quor. bon. (8, 2), so wie auch L. 1 pr. D. eod. (43, 2). Beweise für jene Meinung gibt es nicht, s. noch Note 20). Ueber wirklich summarische Rechtsmittel in jenem Sinne, s. §. 142. Auch die in meinem Programme, *Zimmern* quo sensu summarium vocari possit interdictor. Romanor. judicium, Jenae 1828, 8, zur Prüfung vorgelegte Ansicht, daß alle nicht in dem Edicte selbst, worauf jedesmal das Interdict beruht, speciell ertheilten Exceptionen ausgeschlossen seyen, ist unhaltbar. Vgl. L. 3 §. 7 D. uti poss. (43, 17). L. 1 §. 3, L. 3 §. 2, 3, 4, L. 7 §. 3, 4, L. 22 §. 2 D. quod vi aut clam (43, 24). L. 1 §. 6 ne quid in flum. publ. (43, 13). L. 1 §. 3, 4, 5 D. de lib. exh. (43, 30) u. s. w. S. ferner Savigny in Ztschr. Bd. 6, S. 248 fgg. Indessen schließt der Gegenstand der Interdicte viele Exceptionen ganz von selbst aus.

20) Bedenklich kann das nur seyn, wo mit den Interdicten andre Rechtsmittel concurriren. Daß nun aber die possessorischen Interdicte im e. S., und die dinglichen Klagen auf ganz verschiedene Gegenstände gerichtet sind, ist bekannt. Allein

Digitized by Google

§. 72.

Ursprung und Bedeutung*).

Die Entstehung der Interdicte scheint älter zu seyn, als die der formulae actionum. Daß etwa aus den legis actiones die Interdicte hervorgegangen, darauf freylich deutet weder ihre Bestimmung, noch irgend eine äußere Spur. Aber Bedürfnisse wie die, welchen durch die Form der In-

---

die interd. *adipiscendae* possessionis, das Salvianum u. quorum bonorum, hält man noch jezt oft für provisorische in rem actiones und begnügt sich also mit Bescheinigung, nach der in Not. 19) verworfenen Ansicht. Allein in L. 2 D. de Salv. interd. (43, 23) wird der Kläger abgewiesen, weil melior conditio possidentis, s. L. 1 §. 1 eod. und Löhr im Archiv, Bd. 12, S. 93 fg. Daß aber, wenn um den Klaggrund, z. B. ob die Verpfändung Statt gehabt, prozessirt und das Interdict abgewiesen wird, oder umgekehrt durchgeht, noch die Serviana actio zulässig sey — das ist völlig unerweislich. Das int. quor. bonorum sezt, wie die possessoria hereditatis petitio, gültig erlangte bonor. possessio, also prätor. Erbrecht voraus, und da kann dann freylich der abgewiesene Kläger jedenfalls noch sein Civilerbrecht geltend machen, so wie der siegreiche Kläger noch mit der (civilen) hered. petitio belangt werden; denn das sind verschiedene Gegenstände — mag das Leztere durch L. un. C. Th. quor. bon. (4, 21). L. 3 C. eod. (8, 2) bewiesen werden oder nicht, s. nämlich Savigny in Ztschr. Bd. 5, S. 5 fgg. u. Löhr, a. a. O. S. 104 fgg. Wenn aber wegen mangelnder bonorum possessio das Interdict abgewiesen wird, so steht die exc. rei judicatae gewiß auch der poss. hered. petitio entgegen, die aber freylich einen viel weiteren Umfang hat, namentlich auf die hereditas, nicht wie das Int. blos auf den Besiz der corpora hereditaria gerichtet ist. Die „aliqua utilitas" aber, welche das Interdict gewährt (Gaj. III. 34. §. 1 I. de bon. poss.), beruht, abgesehen vom prozessualischen Verfahren, eben darin, daß der Beklagte durch die Behauptung besseren (civilen) Erbrechts die Wirksamkeit des Interdicts nicht hemmen kann, wohl aber die Wirksamkeit der, wenn auch possessoria hered. petitio, s. Hugo Rg. 10te A., S. 554, Z. 19—24. Löhr a. a. O. S. 109.

*) *Huschke*, de causa Siliana, p. 5 sqq.

Digitized by Google

terdicte begegnet worden, haben zum Theil ſchon vor dem prätoriſchen Rechte exiſtirt. Wenn z. B. die 12 Tafeln das Aufleſen der übergefallenen Früchte [1]), oder das Abhauen des überragenden Baums geſtatten [2]), ſo mußte dem, welcher aufliest oder abhaut, auch damals Schuz gegen Verhinderung gegeben werden. Wenn dieſen das prätoriſche Edict in Form von Interdicten gewährt [3]), ſo ſcheint alſo nur ein bereits im Civilrechte begründetes Verfahren dieſe Geſtaltung angenommen zu haben. Das uralte Verhältniß der Poſſeſſoren zum ager publicus konnte gleichfalls nicht ſchuzlos geweſen ſeyn, und dieſer Schuz ſcheint den ſpäterhin jedem Beſitzer als ſolchem gegebenen Rechtsmitteln, alſo den poſſeſſoriſchen Interdicten zum Vorbilde gedient zu haben [4]). Ueber die Beſchaffenheit jener urſprünglichen Form, und über die Art und Weiſe ihrer Aufnahme in das prätoriſche Edict, ſind wir freylich gar nicht unterrichtet, und die Mehrzahl der einzelnen Interdicte mag immerhin blos durch das prätoriſche Recht entſtanden ſeyn. Blicken wir aber auch nur auf das zur Vollendung gediehene Interdictenſyſtem, ſo ergibt ſich Folgendes. Nicht zum Schutze privater Rechtsverhältniſſe ſind die Interdicte gegeben worden, vielmehr war das die Beſtimmung der Actionen, ſondern [5]) zum Schutze des öffentlichen (mit Inbegriff des religiöſen) Intereſſes gegen Verletzungen der Privaten, wo heutzutage polizeyliche Maßregeln ergriffen werden, und zum Schutze der blos factiſchen Zuſtände als ſolcher. Dahin gehören vorzüglich die poſſeſſoriſchen Interdicte im w. S., von welchen geſagt wird, daß ſie ad rem familiarem spec-

---

1) Plin. hist. nat. XVI, 5 mit L. 236 §. 1 D. de V. S.

2) L. 1 §. 8 D. de arb. caed. (43, 27).

3) L. 9 §. 1 D. ad exh. (10, 4). L. un. D. de glande leg. (43, 28). — Tit. D. de arb. caed. (43, 27).

4) Savigny Beſitz, §. 12a.

5) L. 2 §. 1, 2, 3 D. ht. (43, 1) u. §. 73.

tant, d. h. Vermögensverhältnissen zum Schutze dienen [6]), und die daher auch in Systemen des Privatrechts vorzugsweise hervorgehoben werden [7]). Jener Bestimmung entspricht das Verfahren. Wo eine Rechtsverletzung nicht behauptet wird, da kann auch ein judicium nicht angeordnet werden. Um also auch in jenen Verhältnissen richterliche Hülfe möglich zu machen, muß der Prätor erst gebieten, wie es gehalten werden soll, damit es entweder dabey bewende, oder durch Ungehorsam gegen diesen concreten Befehl (gegen das imperium magistratus) die zur Ertheilung einer formula nöthige Bedingung existent werde. Also beginnt [8]) im juristischen Sinne erst mit dem erlassenen Decrete, Interdicte das nöthigenfalls durch ein judicium zu verfolgende Recht, weshalb auch alle Interdicte „vi ipsa personalia" sind, d. h. erst durch Verletzung des prätorischen Befehls wirksam werden, auch diejenigen, deren Begründung im Edict eine generelle, und deren Fassung insofern in rem ist [9]). Ferner wird darum auch in der Regel grade von diesem Augenblick an die Prästation der Früchte, überhaupt der omnis causa berechnet [10]). Ein schon an und für sich selbst anerkanntes Privatrecht führt also unmittelbar, jedes andere Verhältniß erst durch vorläufig interponirte Autorität des Magistrats

---

6) L. 2 §. 2 f. §. 3 D. eod.

7) Nämlich nicht blos die Interdicte, welche Folgen des Besitzes sind, sondern auch die interd. adipiscendae possessionis sind hier gemeint, Gaj. IV. 143, §. 2 I. u. Theoph. ht., L. 2 §. 3 D. ht. Auch bey diesen wird immer der Gesichtspunkt des zu erlangenden Besitzes hervorgehoben, vgl. Löhr im Archiv, Bd. 12, S. 89—95.

8) S. *Huschke* Diss. cit. p. 11.

9) Z. B. daß bon. possessio ertheilt, daß die res coloni verpfändet worden, L. 1 §. 3 D. ht. vgl. mit ob. §. 69 vor Note 5) bis zu Note 8). Ueber die Stelle s. auch Savigny, Besitz, 5te A., S. 32, Not. 1).

10) L. 3 D. ht. In interdictis exinde habetur ratio fructuum, ex quo edita sunt, non retro. L. 1 §. 40 de vi (43, 16). L. 8 §. 4 de prec. (43, 26).

Digitized by Google

zur Conception derjenigen formulae, welche zur Inſtruction des Richters dienen. Im Verlaufe der Zeit iſt in mancher Beziehung ein Rechtsverhältniß anerkannt und actio ertheilt worden, wo früherhin nur Interdict aushalf, und daraus erklärt ſich die hin und wieder zu demſelben Zwecke vorkommende Concurrenz von Interdicten und Actionen. So iſt durch Vermittlung des Interdicts quorum bonorum nach und nach die Idee eines prätoriſchen Erbrechts entſtanden, deſſen Ausbildung erſt die Zuläſſigkeit einer hereditatis petitio (possessoria) möglich machte[11]). Das Salvianum interd. ſollte dem Verpachter den Beſitz der vom Pachter percipirten Früchte bis zur Zahlung des Pachtgeldes ſicher ſtellen, offenbar bevor noch deshalb eine in rem a. gegeben wurde, deren Ausdehnung auf die übrigen Hypotheken eine gleiche Ausdehnung des Interdicts überflüſſig machte[12]). Ferner ſind, wie das i. de glande legenda, ſo gewiß auch die einzelnen exhibitoriſchen Interdicte der ganz allgemeinen ad exhibendum actio vorangegangen, welche das Intereſſe an der Exhibition als einen wirklichen Rechtsanſpruch auffaßt. Das i. quod vi aut clam, welches nicht auf einem Rechte beruht, ſondern eben nur auf einem Intereſſe, concurrirt da, wo eine Rechtsverletzung vorliegt, z. B. bey beſchädigtem Eigenthume, mit wirklichen Actionen.

§. 73.
Ueberſicht der Interdicte.

Wenn wir nun nach der die ſämmtlichen Interdicte umfaſſenden Haupteintheilung in prohibitoriſche, reſtitutoriſche, exhibitoriſche[1]), und immer mit Hervorhebung der poſſeſſoriſchen[2]), die im Formularprozeſſe zur Ausbildung

11) Löhr im Archiv, Bd. 12, nr. VI.

12) Zimmern im Archiv, Bd. 11, S. 349 fg.

1) Gaj. IV. 142. §. 1 I. de interd. L. 1 §. 1 D. de interd. L. 6 §. 2 de conf. (42, 2).

2) S. §. 72, Not. 7).

Digitized by Google

gekommenen Interdicte, die übrigens auch als utilia vorkommen [3]), überſehen wollen, ſo ſind es folgende. I. Prohibitoriſche und zwar 1. nicht poſſeſſoriſche. a. de mortuo inferendo, b. de sepulcro violando [4]), c. ne quid in loco sacro fiat [5]), d. ne quid in loco publico vel itinere fiat [6]), e. de loco publico fruendo [7]), f. de via publica et itinere publico reficiendo [8]), g. ne quis via publica itinereve publico ire, agere prohibeat [9]), h. ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur [10]), i. Gleichfalls ne quid in fl. p. r. e. f., quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit [11]), l. ne quis in flumine publico navigare prohibeatur [12]) (analog der litt. g.), m. Zum Schutze der Uferbeſſerung an öffentlichen Flüſſen [13]) (analog der litt. f.), n. die in zwey Capiteln Eines Edicts gegebenen zwey Interdicte de arboribus caedendis [14]), o. de glande legenda [15]), p. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit [16]), ein Interdict, welches auch reſtitutoriſch ſeyn kann [17]), und woneben die in factum actio

3) Vat. fr. §. 90. L. 1 §. 17 D. de fluminib. (43, 12). L. 2 de cloacis (43, 23). L. 1 C. de interd. (8, 1). — L. 1 §. 2 D. de superfic. (43, 18).

4) Tit. D. de mortuo inferendo et sepulcro violando (11, 8). L. 8 §. 5, L. 9 de relig. (11, 7). L. 2 §. 1 D. de interd.

5) Gaj. IV. 140, 159. Tit. D. 43, 6.

6) D. 43, 8. 7) D. 43, 9.

8) D. 43, 11. L. 1 §. 1 D. de ripa munienda (43, 15).

9) L. 2 §. ult. D. ne quid in loco publ. (43, 8). Paul. V. 6, §. 2. L. 1 §. 1 D. ut in flumine (43, 14).

10) Gaj. IV. 159. D. de fluminibus, ne quid *rel.* (43, 12). Labeo formulirt das Interdict zur Anwendung, ne quid in mari, inve litore, quo portus, statio, iterve navigio deterius fiat, L. 1 §. 17 eod.

11) D. 43, 13.

12) D. ut in flumine publico navigare liceat (43, 14).

13) D. de ripa munienda (43, 15).

14) D. de arboribus caedend. (43, 27). L. 1 C. de interd. Paul. V. 6, §. 13.

15) D. de glande legenda (43, 28).

16) D. 43, 4. 17) L. 3 §. 2 eod.

Digitized by Google

im Edict ausdrücklich gegeben iſt[18]), q. zum Schutze der aqua ex castello[19]), und r. das interd. de migrando[20]). 2. Poſſeſſoriſche, und zwar retinendae possessionis, nämlich allgemeine, uti possidetis u. utrubi[21]), beſondere a. de superficiebus[22]), im Grunde nur ein utile int. uti possidetis[23]), b. zwey Interdicte de itinere actuque privato[24]), theils zum Schutze des Gebrauchs[25]), theils wegen verhinderter Ausbeſſerung[26]), c. ein Int. de aqua quotidiana und eines de aqua aestiva[27]), ſo wie d. eines zum Schutze der Waſſerleitung[28]), d. zwey Interd. de fonte[29]), d. h. wieder eines um das jus aquae hauriendae, und eines um die Ausbeſſerung zu ſchützen, e. ein prohibitoriſches de cloacis[30]), und f. gegen den, welcher opus novum nuntiavit und ſich weigert gegen Cautionsleiſtung die Fortſetzung des begonnenen Werks zu geſtatten[31]). II. Reſtitutoriſche Interdicte ſind a. wegen deſſen, was vi aut clam factum est[32]), b. das int. fraudatorium[33]), c. wenn ein Gebäude vor geleiſteter cautio

18) L. 1 pr. D. eod. Immerhin iſt ſie aber nur ein Anhang zum Interdict, Haubold, a. a. O. S. 367, man mag nun in L. 1 §. 1 eod. mit *Cujac.* Obss. V, 17 Edictum ſtatt Interdictum leſen oder nicht; denn daß zunächſt von einem Interdict die Rede iſt, beweiſt die Stellung und Ueberſchrift des Titels, ſo wie L. 3 pr. §. 2, L. 4 pr. D. eod. L. 5 §. 27 quod legat. (36, 4).

19) L. 1 §. 38 sqq. de aqua cottid. (43, 20).

20) D. 43, 32.

21) Gaj. IV. 140, 148—153, 158, 160. §. 4 I. de interd. — D. uti possidetis (43, 17), C. uti possid. (8, 6). D. de utrubi (43, 31). C. Th. utrubi (4, 23).

22) D. 43, 18. 23) L. 1 §. 2 eod.

24) D. 43, 19.

25) L. 1 pr. §. 1 sqq. eod. 26) L. 3 §. 11 sqq. eod.

27) D. de aqua cottid. et aestiva (43, 20).

28) D. de rivis (43, 21). 29) D. 43, 22.

30) D. 43, 23.

31) L. 20 §. 9 sqq. d. n. o. n. (39, 1). L. Gall. Cisalp. c. 19.

32) D. quod vi aut clam (43, 24). Cic. pro Tull. c. 53.

33) L. 10 pr. D. quae in fraud. credit. (42, 8). L. 67 §. 1, 2 D. ad Sct. Treb. (36, 1). L. 96 pr. de solut. (46, 3).

Digitized by Google

damni infecti zusammengefallen[34]); ferner werden d. in allen den Fällen, in welchen nach I. 1. litt. a — d und nach litt. h. u. i. prohibitorische Interdicte versprochen sind, nach schon verübter Handlung restitutorische gegeben[35]), so wie e. der in possessionem missus durch das Interdict auch restituirt werden kann[36]), und ferner werden auch als restitutorische ertheilt f. das interd. retinendae possessionis de cloacis[37]), so wie g. das auf Niederreißung des nach der Nuntiation fortgebauten neuen Werks[38]). Weiter sind restitutorisch h. alle interdicta adipiscendae possessionis, nämlich[39]) quorum bonorum[40]), welchem sowohl das possessorium[41]) als sectorium interd.[42]) nachgebildet sind, ferner das Salvianum[43]) und das interd. quod oder quorum legatorum[44]). Auch ist das ob. bey Note 25) genannte prohibitorische Interd. insofern adipisc. possessionis, als der Kläger nur die Ausübung seines Auctors fortsetzen will[45]). Endlich i. gehören zu den restitutorischen auch alle interdicta recuperandae possessionis, und zwar de vi[46]), (de clandestina posses-

---

34) L. 7 f. D. de d. inf. (39, 2).

35) L. 1 §. 1 de n. o. n. (39, 1). L. 2 §. 2 de interd. L. 2 §. 35 sqq. D. ne quid in loco publ. (43, 8). L. 1 §. 19 — 22 D. de fluminib. (43, 12). L. 1 §. 11 — 13 ne quid in flum. (43, 13).

36) S. ob. Not. 17).

37) L. 1 §. 15 mit §. 1 de cloac. (43, 23).

38) L. 1 §. 7, L. 20 pr. §. 1, 2, L. 21 §. 1 de n. o. n. (39, 1).

39) L. 2 §. 3 de int. — Löhr im Archiv, Bd. 12, S. 91.

40) Gaj. IV. 144. §. 3 I. de interd. Tit. quorum bonor. D. 43, 2. C. 8, 2. C. Th. 4, 21.

41) Gaj. IV. 145. 42) Gaj. IV. 146.

43) Gaj. IV. 147. §. 3 I. cit. Tit. de Salv. int. D. 43, 33. C. 8, 9 (s. Note 48)).

44) D. quod legator. (43, 3). C. quor. legator. (8, 3).

45) L. 2 §. 3 de interd. Apiscendae possessionis sunt interdicta — — ex hoc genere est et quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto. Savigny, Besitz, 5te A., S. 541.

46) Cic. pro Caecina. — Cic. pro Tull. c. 29, 44, 45, 46

sione[47]) u. de precario[48]). III. Exhibitorische Interdicte a. de tabulis exhibendis[49]), b. de homine libero exhibendo[50]), c. de liberis exhibendis[51]) und d. de liberto exhibendo[52]).

§. 74.

Duplicia interdicta *).

Duplicia nennt man diejenigen Interdicte, bey welchen jeder der streitenden Theile Kläger oder Beklagter seyn kann, wie es auch dergleichen actiones gibt. Die Rechte beyder Theile müssen daher im Prozesse dieselben bleiben, so daß auch der Kläger condemnirt werden kann. Es ist das nur bey einigen prohibitorischen Interdicten der Fall gewesen, und zwar, soviel wir wissen, bey dem i. uti possidetis und utrubi[1]), und scheint als Nachbildung des alten Vindicationsverfahrens betrachtet werden zu müssen[2]). Andere prohibitorische, sowie die sämmtlichen restitutorischen und exhibito-

---

ed. H. — Gaj. IV. 154, 155. §. 6 I. de int. D. de vi et de vi armata (43, 16). C. unde vi (8, 4), si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio (8, 5). C. Th. unde vi (4. 22).

47) L. 7 §. 5 D. comm. div. (10, 3). S. Savigny, §. 41.

48) Paul. V. 6, §. 4—12. D. de precario (43, 26). C. de precario et Salv. interd. (8, 9).

49) D. 43, 5. C. 8, 7.

50) D. 43, 29. Paul. V. 6, §. 14. C. 8, 8 (s. Note 51)).

51) D. de liberis exhibendis item ducendis (43, 30). C. de liberis exhibendis, seu deducendis, et de libero homine exhibendo (8, 8).

52) Gaj. IV. 162. L. 2 §. 1 D. de interd.

*) Savigny Besitz, §. 37 a. E. Dú Roi im Archiv f. civ. Prax. Bd. 6, S. 265 fgg.

1) Gaj. IV. 160. §. 7 I. de int. L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7). L. 2 pr. f. D. de int. L 3 § 1 D. uti possid. (43, 17).

2) Die Gleichheit der Parteyrollen, daß der Prätor beyde Parteyen auf dieselbe Weise anredet (Gaj. l. c), u. der auch von den vindiciis gebrauchte Ausdruck „superior *in retinenda possessione*“ (Cic. pro Caec. c. 1) spricht dafür, Dú Roi, S. 265—267.

Digitized by Google

rischen Interdicte sind simplicia[3]). Bey jenen nun, und namentlich bey dem i. uti possidetis, lernen wir durch Gajus das Institut der fructus licitatio[4]) und ein judicium secutorium kennen. Nämlich unter denen, welche retinendae possessionis streiten, wo jeder allein als Besitzer gelten will, findet nicht blos sponsio und restipulatio Statt, sondern die Frage, wer erst wieder einstweilen besitzen und den Ertrag genießen dürfe, wird durch Versteigerung entschieden. Derjenige unter den streitenden Theilen, welcher auf den Fall des Unterliegens die größte Summe als Strafe dafür, daß er sich so lange den fremden Besitz angemaßt hat, zu zahlen verspricht, ist der, welcher fructus licitatione vicit[5]), im Gegensatze des Ueberbotenen, der fr. licit. victus est. Neben dieser blos pönalen Summe müssen aber die genossenen Früchte selbst sammt dem Besitze der Sache ebenfalls restituirt werden, und es findet deshalb ein besonderes Cascellianum oder secutorium genanntes judicium Statt[6]), wiewohl auch für die Restitution der Früchte cavirt, eine fructuaria stipulatio eingegangen werden konnte[7]). Sollte umgekehrt der, welcher fruct. licit. victus est, den Prozeß verlieren, so zahlt er natürlich nur die Summe der sponsio und restipulatio[8]). Es wird aber auch noch eines anderen secutorium judic. gedacht[9]), dessen Bestimmung nicht ausgemittelt werden kann. Ueberhaupt kömmt außer bey Gajus von diesen letzteren Verhältnissen nirgends etwas vor.

3) Gaj. IV. 157—159.

4) *Hefftter* Obs. XXIV.

5) „Qui licitatione vicit" wird von Versteigerung der Urkunden unter coheredes gesagt in L. 6 D. fam. erc. (10, 2).

6) Gaj. IV. 166, 167 auch 169. Jener Name ist nach dem des Urhebers gebildet, u. die Sache erinnert auch wieder an die praedes litis vindiciarum, Schrader in Heid. Jahrb. v. 1823, S. 967.

7) Gaj. IV. 169.

8) Gaj. IV. 168.

9) Gaj. IV. 169.

Dritter Titel.
Das Verfahren ohne judex *).

§. 75.
Einleitung.

Zu keiner Zeit der römischen Geschichte war das zwischen Magistrat und Richter getheilte Verfahren ein völlig allgemeines. Bey dem durch legis a. eingeleiteten Prozesse war es vielleicht anfangs nicht einmal das regelmäßige. Es gab gewisse Zwecke, die immer nur vor dem Magistrate verfolgt wurden, blos imperii waren. So die Hülfsvollstreckung gegen judicati und confessi, sowohl zunächst durch manus injectio, als hernach durch simple postulatio; dann auch die Gesammtheit der Missionen, s. die ff. §§. Seiner Cognition anheimgegeben war die ganze s. g. freywillige Gerichtsbarkeit, und die Einleitung aller streitigen Rechtsangelegenheiten. Ist man hier über Thatsachen uneins, so war freylich die Ueberweisung an einen vom Magistrate zu ernennenden Judex frühe zur Regel geworden [1]). Aber dennoch gab es auch Sachen solcher Art, und nach und nach immer mehrere, s. §. 88, in welchen praetor ipse cognoscit, nicht judicem dat [2]), also extra ordinem jus dicit [3]). Das sind cognitiones i. e. S. des Wortes [4]), Fälle der praetoria

*) *Gebauer* de jurisdictione, c. 1, §. 11, in Exercc. acad. T. I, p. 456—460. Hefftter Instit. S. 401—406. Mühlenbruch Proceß, S. 36.

1) Cic. ad Quint. I, 2: „quid? Praetor solet judicare *deberi?*"

2) L. 8, 9 D. de off. praesid. (1, 18).

3) L. 1 §. 7 D. de extr. cogn. (50, 13). L. 7 f. D. de off. proc. (1, 16). S. §. 49 a. E.

4) Ulp. XXV. 12 vgl. mit Not. 8), Suet. Claud. 15. In seinem Werke de cognitionibus sagt Callistratus, daß die Gesammtheit der Cognitionen bey ihrer großen Verschiedenheit nicht in ganz bestimmte Classen abgetheilt werden könnte, aber er meint

cognitio im Gegensaz ertheilter actio [5]), die späterhin auch extraordinariae cognitiones genannt worden sind [6]), so wie deren Verfolgung persecutio i. e. S. (denn in einem nicht technischen Sinne heißt so jede Art von Klagantrag [7])), bestimmter extraordinaria persecutio genannt wird [8]). Schon die aquilische Formel unterscheidet actio, petitio, persecutio [9]), Ausdrücke, die sich auch in der cautio rem non amplius peti finden [10]) und sonst [11]). Dabey scheint nämlich, wie es auch von römischen Juristen erklärt wird [12]), ursprünglich actio die in personam, petitio die in rem actiones bezeichnet zu haben [13]), wiewohl man auch an die seit der lex Aebutia möglichen drey Prozeßarten: durch Formeln (wahre actiones), bey den Centumvirn (also wiederum die dinglichen Klagen) und bey dem Magistrate selbst denken könnte. Dieser nun beendigt die von ihm cognoscirte Sache durch Decret, s. §. 2, und kann solches auch wieder ändern

nicht blos die extraord. cognitiones, sondern auch die regelmäßig vor den Magistrat gehörigen Gegenstände, wie die Verfügungen über honores u. munera, das quaerere de capitali crimine u. s. w., u. begriff unter dem Ausdruck de re pecuniaria offenbar auch nicht streitige Angelegenheiten. L. 5 pr. D. de extr. cognit.

5) L. 39 pr. D. de evict. (21, 2). — L. 1 §. 2 de R. V. (6, 1). L. 13 §. 1 de minor. (4, 4). L. 3 §. 3 de lib. exh. (43, 30).

6) Rubr. D. de extr. cogn.

7) So in L. 18 C. de pignorib. (8, 14).

8) L. 178 §. 2 de V. S. (50, 16). Gaj. II, 278.

9) L. 18 §. 1 D. de accept. (46, 4). §. 2 I. qu. m. o. t.

10) L. 23 D. ratam rem hab. (46, 8).

11) L. 49 D. de V. S.

12) L. 28 D. de O. et A. (44, 7). L. 178 §. 2 cit. Hugo Rg. S. 580 fg.

13) Du Roi im Archiv f. civ. Prax. Bd. 6, S. 434 fg. bezweifelt die Richtigkeit dieser Erklärung, u. allerdings deutet der Kunstausdruck si certum *petatur*, die certi *petitio* bey Cicero, und Anderes auf eine sehr allgemeine Bedeutung der Ausdrücke petitio und petere. Aber die Ausdrücke hereditatis, servitutum petitio (Rubr. D. si ususfr. petatur, 7, 6), und petitor zur Bezeichnung des Vindicanten bestätigen doch auch die engere Bedeutung.

Digitized by

dern, was bey der Sentenz des judex nicht der Fall ist [14]). Unter den Kaisern und besonders durch sie und ihre Präfecten nahmen die Cognitionen überhand, und dienten zuletzt dazu, den ordo judiciorum selbst zu verdrängen.

I. Die Missionen. 1. Venditionis causa *).

§. 76.
Bedeutung und Ursprung **).

Wo wir schon frühe den Magistrat allein und ohne legis actio thätig sehen, das ist in Beschlagnahme der bona. Für Privatansprüche kam das anfangs gar nicht vor, s. §. 45, Not. 26). Die älteste bonorum emtio war eine bonorum sectio [1]). Wie die 12 Tafeln nicht das Behalten, sondern nur das auswärts Verkaufen, oder die sectio des seines caput beraubten Schuldners gestatten (§. 46), so fielen auch die bona damnati et proscripti nicht gradezu dem Staate anheim, sondern wurden in dessen Namen (publice) im Ganzen verkauft [2]). Also die Käufer (bonor. emtores), welche

---

14) L. 14 D. de re jud. (42, 1) u. §. 153 a. E.

*) S. d. folgg. §§. — D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis (42, 5). C. de bonis auct. jud. poss. seu venundandis (7, 72).

**) *Jo. Casp. Heimburg* de origine proscriptionis bonor. ap. Romanos habe ich, obwohl *Jenae* 1738 erschienen, nicht erhalten können.

1) Ueber diesen Ausdruck s. die Schriften ob. §. 46, Not. 17) und bey *Fr. C. G. Stieber* de bonorum emtione ap. veteres Romanos, P. I., Lips. 1827, 8, §. 2.

2) (Ascon.) ad Cic. Verr. I, 20: „Sectorem — dicit aestimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui — secutus spem aestimationis suae bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel aerario vel sociis.“ (Ascon.) ad Cic. Verr. I, 23: „— — Sectores — qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, proque iis pecunias pensitabant singulis etc.“ Sie kaufen im Ganzen u. verkaufen im Einzelnen.

Digitized by Google

ſolche alsdann vereinzelten, sectores genannt[3]), ſuccedirten per universitatem[4]) und nach Civilrecht[5]). Auch wenn jemand publico judicio zur litis aestimatio condemnirt worden, galt daſſelbe[6]). Die Entſchädigung der verlezten Privaten wurde pro rata von den Sectoren gewährt[7]). Nur ging hier bey publica ebenſo, wie bey privata debita[8]), ein ducere voran[9]). Die Beſchlagnahme des Vermögens aber geſchah ſo, daß der Prätor die Quäſtoren des Schatzes in die bona einwies[10]), welche ſodann sub hasta feil geboten wur-

3) S. Note 2). Cic. pro Rosc. Am. c. 29, 31, 33, 36, 43, 51 sq. Philipp. II, 26, 29 sq. Dieſelben nennt Cicero auch bonor. emtores pro Rosc. Am. c. 26, 43, 52 u. die sectio: bonorum emtio, ib. c. 9 sq., c. 21 sq. In einer lex de proscriptione heißt es: „ut eorum bona veneant, qui proscripti sunt etc.“ Gaj. IV, 146: — sectores vocantur, qui publice bona mercantur. — *Stieber* p. 3 — 6.

4) (Ascon.) ll. cc., die folgg. Noten und L. 65 §. 12 D. pro socio: Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad *universorum bonorum* publicationem, si socii bona publicentur, nam cum in ejus locum alius succedat pro mortuo habetur. Ueberhaupt bezeichnen die Ausdrücke bona venire, vendi, proscribi, bonorum emtionem, venditionem fieri immer Univerſalſucceſſion, im Unterſchiede von bona distrahi, ex bonis aliquid proscribere, venire u. ſ. w. Vgl. *Stieber* p. 9 sqq., p. 13 sq.

5) Varro de R. R. II, 10: Dominium legitimum sex fere res perficiunt — — tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit, u. Not. 11). Vgl. Not. 15).

6) Liv. XXXVIII, 58, 60. Cic. pro Rabir. c. 4, in Verr. I. 23 u. daſ. Ascon.: „Repetundarum causa ita se habet, ut si convictus reus sit atque damnatus, pecuniam reddat aestimata lite, hoc est in pretium reductis omnibus furtis; quam summam pecuniae proscriptis ejus bonis sectores curabant. *Sectores* autem etc.“, ſ. Not. 2).

7) „Proque iis pecuniam pensitabant singulis“, ſ. Not. 2) a. E.

8) Dieſer Gegenſaz bey Gaj. III, 154. §. 8 I. u. Theoph. de societ.

9) Gell. VII, 19. Liv. XXXVIII, 60. Val. Max. IV, 1, §. 8.

10) Liv. XXXVIII, 60. Cic. Verr. I, 20: „— contra quae-

Digitized by Google

den (proscribere bona), wie es bey jeder civilrechtlichen und zugleich obrigkeitlich geleiteten Veräußerung der Fall war[11]). In den legibus publicorum judiciorum waren über jene Proscription ausdrückliche Verfügungen enthalten[12]). Bey privata debita konnte ganz auf ähnliche Weise verfahren werden, sofern nur der Prätor den Creditoren, statt den Quästoren, bonor. possessio und venditio gestattet. Und das ist denn auch in vielen im prätorischen Edicte verzeichneten Fällen wirklich geschehen (§. 77), zuerst der Sage nach durch einen Prätor Publius Rutilius[13]), welches wohl der P. Rutilius Rufus ist, der im J. 649 Consul war[14]). Es wurden also auch diese bona im Ganzen proscribirt, per universitatem

storem sectoremque", u. mehrere leges judiciariae, wo z. B. auch von einer publice veranstalteten missio in bona die Rede ist. S. die Nachweisungen bey Dirksen Beyträge, S. 202, 203 fgg., S. 209.

11) So wie die hasta das signum justi dominii ist (§. 15 a. E.), so entsteht auch durch einen unter diesem Symbole obrigkeitlich vorgenommenen Verkauf civiles Recht, es sey nun die Succession eine universale, was bey der sectio, oder eine singuläre, was bey der praedae sectio u. der auctio der Fall ist. Jene nämlich scheint als Verkauf einer Gesammtheit, aber freylich nur einer factischen, uneigentlich gleichfalls sectio genannt worden zu seyn, Caes. bell. Gall. II, 33: „*sectionem* ejus oppidi *universam* Caesar vendidit", Cic. de inv. I, 45. u. im Gegensatze der Vereinzelung, Cic. l. c., wie sie namentlich beym Verkaufe der Kriegsgefangenen sub corona Statt fand, Varro l. c.: „si e praeda (also nicht die übrige Beute) sub corona emit." Caes. l. c. III, 16. *Stieber*, §. 5. Endlich auch bey der auctio wurde vereinzelt, s. den Gegensaz der sectio u. alsdann von den sectores vorgenommenen auctio bey Ascon. in Not. 2), u. *Stieber* §. 6, u. bey ihr wie bey der sectio wird des Gebrauches der hasta gedacht, nicht bey der prätorischen bonorum venditio, *Stieber*, §. 7. Diese haben zwar schon Manche von der sectio unterschieden, aber dann wieder mit der auctio verwechselt. Das Richtige, nebst Beurtheilung seiner Vorgänger, hat Stieber.

12) S. Note 10). 13) Gaj. IV. 35.

14) Bd. 1, §. 75[a] u. Not. 20) das.

Digitized by Google

aber freylich jure praetorio erworben[15]), und zunächst wohl gleichfalls auf den Grund eines zur Geldzahlung condemnirenden Urtheils[16]). Denn wenn sogar der Staat, wie sollte denn nicht auch bald der Private sich der bonor. proscriptio statt der für Schuldner und Gläubiger gleich trostlosen s. g. capitis poena bedienen dürfen? die zur wirklichen Anwendung ohnehin nicht gekommen seyn soll[17]), und der übrigens jene in den Wirkungen analog ist. Denn auch hier[18]) geht immerhin das ducere des Schuldners selbst, und dann ein 60tägiger Besitz der bona der wirklichen Veräußerung derselben voran, vgl. §. 79, und diese zieht ebenfalls Verlust der fama nach sich[19]). In der s. g. Lex Gall. Cisalp.[20]) war es auf jeden Fall nichts Neues mehr, daß auch die bona derer, welche als confessi in jure oder als Ungehorsame, eben so wie die judicati (diese also auch[21])), duci jussi, in Beschlag genommen, ausgeboten und veräußert wurden

15) Gaj. III, 77 sqq. IV, 145. Theoph. ad pr. I. de succ. subl. — Wie man hier vor Gajus irren konnte, beweist Savigny in Ztschr. Bd. 2, S. 375 fg. Dagegen jezt *C. G. E. Heimbach* de sacrorum privator. mortui continuandor. ap. Rom. necessitate, Lips. 1827, 8, p. 12 sqq., jedoch verbunden mit Pügge's im Rh. Mus. f. Jurispr. II, 1, S. 87 fgg. u. mit Stiebers Abhh. — Die Unterscheidung zwischen der bonor. emtio mit prätorischer und mit civiler Wirkung („interdum quidem bonorum emtoribus — —") macht offenbar Gaj. IV, 80, wie bereits G. F. Puchta in Erl. Jahrb. Bd. 4, S. 134 und Pügge a. a. O. S. 92 bemerkt haben.

16) So erklären sich vollends die ob. §. 46 a. E. mitgetheilten Worte Tertullians. Was vorher schon für damnati galt, das hat der Prätor auf judicati übertragen, u. damit der ohnehin per desuetudinem abgekommenen capitis poena surrogirt.

17) Gell. XX, 1.

18) Vgl. auch Pügge a. a. O.

19) Tertull. Apol. c. 4: „— in pudoris notam capitis poena conversa est, bonorum adhibita proscriptione." Cic. pro Quinct. c. 8, 9, 13, 45. Gaj. III, 154. Die Tab. Her. in Note 23).

20) L. Gall. Cisalp. c. 22.

21) Savigny Gesch. Bd. 1, S. 36. Dieser Folgerung scheint

(possideri, proscribi und venire). Anderer Fälle, wo und zum Theile weil das ducere nicht möglich war, gedenkt schon Cicero [22]), und im Allgemeinen schließt die tab. Heracleensis von den Aemtern in den Städten unter andern auch den aus, „cujus bona ex edicto — — possessa proscriptave sunt, erunt“ [23]). Von den Gründen selbst und dem Verfahren muß nun im Einzelnen gesprochen werden. Es kömmt dasselbe sammt der sectio noch bey Gajus vor, wonach den sectores ein eigenes interd. adipiscendae possessionis, sectorium genannt, gegeben worden [24]). Eben so scheint auch die (seit der Lex Julia et Papia) dem Aerarium angefallene Erbschaft an sectores verkauft worden zu seyn [25]). In der Folge freylich fielen die Güter gradewegs dem Staatsschatze zu, obwohl es aus Rücksicht auf die Creditoren, wie bey Erbschaften, immerhin noch von Seiten des Fiscus zu einem Verkaufe per universit. kommen konnte [26]). Und eben so ist am Ende auch den Gläubigern die insolvente Masse gradezu überlassen worden, um sich durch Vereinzelung derselben pro rata abzufinden, s. §. 81.

---

nämlich Dirksen (Obss. ad l. Gall. Cisalp. p. 54 sqq.) widersprochen zu haben.

22) Vgl. Cic. pro Quinctio, s. §. 77. Von dem einfachsten Falle, daß bey Insolvenz des duci jussus Proscription eintrat, war Cicero zu reden nicht veranlaßt; seine Sache betraf den Fall der Abwesenheit.

23) Tab. Her. II, l. 41—43.

24) Gaj. IV, 146 vgl. mit Not. 8) u. Not. 15) a. E.

25) Daraus erklärt sich die widrigenfalls ganz singuläre Universalsuccession, L. 1 C. de hered. l. act. vend. (4, 39): Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est, Schweppe Rechtsgesch., S. 752, Not. 5). *Stieber* p. 5 — so wie daß blos diesem Käufer einer Erbschaft (L. 54 pr. de her. pet. 5, 3, Hasse im Archiv, Bd. 5, S. 38) die hereditatis petitio (utiliter) gegeben wurde.

26) Dafür die Reception der L. 1 C. cit.

Digitized by Google

§. 77.
Die einzelnen Fälle *).

Ueber den Verkauf der bona judicatorum nach fruchtlos verlaufener Zahlungsfrist [1]) fehlen die Worte des Edicts. Hingegen sagt Cicero, daß die bona deſſen, *„qui fraudationis causa latitarit,“ „cui heres non extabit,“ „qui exilii causa solum verterit,“* laut des Edicts von den Creditoren zum Verkaufe gebracht wurden [2]), ſowie überhaupt, wenn Jemand absens non defenditur [3]); denn mangelnde Defenſion wird jedesmal vorausgeſezt [4]). Aber jenes erſte

*) Sie ſind aufgezählt bey Gaj. III, 77, aber nicht in chronologiſcher Ordnung; die causa judicati, die er zulezt nennt, und welche doch wohl die älteſte war (§. 76), ging wenigſtens der lex Julia voran. Aber es hat durch dieſe lex jener Fall das meiſte praktiſche Intereſſe verloren, und daraus erklärt ſich ſeine Stellung, ſo wie aus einem ſolchen Grunde ein anderer Fall (Note 12)) gar nicht erwähnt iſt. — D. quibus ex causis in possess. eatur (42, 4).

1) Gaj. III, 77 vgl. mit dem vorig. §.

2) Cic. pro Quinct. c. 19.

3) Hotoman will ſogar in einer alten Handſchrift nach den Worten: qui ex. c. sol. verterit folgende Worte gefunden haben: „Dici id non potest. *Qui absens judicio defensus non fuerit.* Ne id quidem.“ S. *Huschke* in Anal. p. 167. Auf jeden Fall aber ſagt Cicero noch: *Reliquum est, ut eum nemo judicio defenderit,* u. ſucht den Quinctus nicht dadurch, daß er nicht fraudationis causa latitavit zu vertheidigen, ſondern dadurch, daß man, obwohl er absens, was nicht geleugnet werden konnte, doch nicht ſagen könne, es ſey kein Defenſor da geweſen, Cic. l. c. c. 19, 20, 21, 23. Ferner Gaj. III, 78: qui fraudationis causa latitant, *nec absentes defenduntur.* — Auch wer in rem belangt, „neque absens defendatur“, mußte ſich ſtreng genommen bonorum venditio gefallen laſſen, u. ſo hat namentlich noch Hadrian im Falle des *latitare* reſcribirt. Außerdem aber hat ſich die billigere Meinung geltend gemacht, es ſey nur in die in Anſpruch genommene Sache zu mittiren, L. 7 §. 16. 17 D. h. t. (42, 4) u. unt. §. 85.

4) L. 1 D. de neg. gest. (3, 5) u. die Note 3).

Digitized by Google

Edict, welches vollſtändiger alſo lautete: *qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo* [5]), bezog ſich nur auf die in der Stadt Anweſenden [6]), welche ſich, und zwar der Interpretation zufolge grade ihren Gläubigern entziehen wollen [7]). Denn außerdem „Praetor ait (nach der in die Digeſten gekommenen Faſſung): *in bona ejus, qui judicii sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur, iri jubebo*“ [8]) — und fährt fort: „*et ejus, cujus bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli, ejus, qui reipublicae causa sine dolo malo abfuit*“ [9]), und ferner: „*si is pupillus in suam tutelam venerit, eave pupilla viripotens fuit, et recte defendetur, eos, qui bona possident, de possessione decedere jubebo*“ [10]). Den Pupillen hat die Interpretation auch furiosi und prodigi, die nicht vertheidigten minores aber den absentes gleichgeachtet, jedoch im Nothfall auch bey jenen venditio geſtattet [11]). Der exilii causa gedenkt Gajus nicht, aber noch Papinian [12]). Der Nachlaß wird zum Verkauf gebracht, ſobald gewiß iſt, daß er keinen Nachfolger findet [13]). Weil aber den Verſtorbenen ſelbſt noch die ignominia der venditio

5) L. 7 §. 1 D. ht. Vgl. dazu L. 9 C. de bonis auct. jud. (7, 72). — Cic. l. c. c. 23, 27. Theoph. III, 12 pr.

6) *Stieber* p. 41 sqq. Daß der latitans nicht absens genannt wurde: L. 7 §. 17 D. ht.

7) L. 7 §. 2—9 D. ht. 8) L. 2 pr. D. ht.

9) L. 6 §. 1 eod. Damit ſtimmt vollkommen überein die Tab. Her. II, l. 41—43 (ed. Dirks. p. 115). Vgl. Paul. V. 56. §. 1, 2; L. 6 §. 2 D. eod. L. 33 pr. L. 39 §. 1 de reb. auct. jud. (42, 5).

10) L. 5 §. 2 D. ht.

11) L. 3 pr. §. 1, L. 7 §. 9—12 D. ht. L. 5 D. de reb. auct. jud.

12) L. 13 D. ht.

13) Gaj. III, 78 f. L. 1 pr. §. 1 D. de cur. bon. dand. (42, 7). L. 6 C. de bonis auct. jud. (7, 72). In die ſolventen bona vacantia ſuccedirt ſeit der l. Julia et Papia das Aerarium u. befriedigt die Gläubiger. Davon im Erbrechte.

Digitized by Google

trifft, so pflegten Insolvente einen necessarius heres zu ernennen, damit in dessen Namen verkauft werde[14]). Das ist dann aber freylich nicht mehr die Mission aus den bisher genannten Gründen, sondern die gegen praesentes, und setzt also Judicat oder Geständniß oder Contumacia, es sey des Verstorbenen oder des Erben, voraus[15]). Eben so werden die bona des arrogatus für die vorher gemachten Schulden, und derer, die in manum oder mancipium gekommen, auch für die nachherigen zum Verkaufe gebracht, sobald sie gegen die rescissoria a. nicht vertheidigt werden, mithin auch der, in dessen jus sie stehen, sich nicht zum litis dominus machen will[16]). Es wird also in diesen Fällen nur einer der bisherigen Missionsgründe zur Anwendung gebracht, und deshalb sind sie von Gajus bey der bonorum emtio nicht mit aufgezählt, wo vielmehr nur noch von den judicatis, und von denen die Rede ist, welche ex lege Julia bonis cedunt. Ueber leztere §. 78. Die den judicatis und confessis in den 12 Tafeln gestattete 30tägige Frist (§. 46) ist auch für die nicht mehr durch manus injectio sondern per formulam geltend gemachte judicati a. geblieben, es ist das legitimum judicati tempus[17]). Das Judicat bekämpfen konnte man nur durch einen vindex, bis im Formularprozesse hier und bey der depensi a. die bey der Litiscontestation zu bestellende cautio judicatum solvi zur plena defensio hinreichend war[18]). Hingegen bey mangelnder Einwendung kam es denn freylich nach eben jener Frist[19]) zur „judicati executio“[20]), wiewohl

14) Gaj. II, 154. 155, 158—160. § 1, 2 I. de hered. qualit. (2, 19). Ulp. XXII, 24. L. 28 D. de reb. auct. jud. L. 1 §. 18 de separ. (42, 6).

15) Vgl. auch Paul. V. 26 §. 2.

16) Gaj. III, 84. IV, 38 u. 80. Vgl. Bd. 1, §. 222, Not. 9) u. §. 226 a. E.

17) L. 2, L. 4 §. 5, L. 7, L. 31 D. de re jud. (42, 1). L. 1 C. de usur. rei jud. (7, 54). Vgl. §. 126.

18) Gaj. IV, 25 f. vgl. mit §. 138.

19) L. 2, 31 D. citt. L. ult. C. de usur. rei jud.

20) L. 16 D. de comp. (16, 2).

Digitized by

im prätorischen Edicte gestattet worden ist, das legit. tempus für diesen Zweck zu verlängern, und selbst zu verkürzen — doch jenes wohl nicht über die doppelte Zeit [21]), sowie dieses nur in dringenden Fällen geschah [22]). Und das ist die „partim lege XII tab. partim edicto Praetoris" auch rücksichtlich der missio und endlichen venditio verstattete Zeit [23]). Daß aber immerhin das ducere vorangehen, kurz, daß der zur Zahlung Verurtheilte nach wie vor und bis in die späteste Zeit addictus und zur Haft gebracht, und hin und wieder selbst gefesselt werden konnte, leidet keinen Zweifel [24]), gesezt es wäre etwa auch bey credita pecunia vorzugsweise,

---

21) Arg. L. un. C. Th. de usur. rei jud. (4, 19): Qui post judicii finem, exceptis duobus mensibus, quibus per leges solutionum nonnunquam est concessa dilatio etc. Die Lesart der Ausgaben „per legis solutionem" ist aber vielleicht nicht zu verwerfen, indem sie die (prätor.) Befreyung von dem beschränkteren Termine der *lex XII Tab.* bezeichnen könnte.

22) L. 2 D. de re jud.

23) Gaj. III, 78. Für in rem actio gilt nichts Abweichendes, weil die judicati obligatio gleichfalls auf Geld geht, s. auch Arg. L. Gall. Cisalp. c. 22. l. 32 u. *Stieber*, p. 50 sq.

24) Vgl. §. 47, Note 6. Für die spätere Zeit Gell. XX, 1 sub fin. „Zerschnitten werde der Schuldner nicht mehr, obgleich addici nunc et *vinciri* multos videmus." Licinius Rufinus L. 34 D. de re jud. Si victum vel stratum inferri quis judicato non patiatur — —. Gaj. III, 199 spricht von dem judicatus vel auctoratus meus subreptus [über den auctoratus, d. h. einen, welcher sich zu Gladiatorspielen vermiethet hatte, vgl. *Dirksen* obss. ad Tab. Heracl. part. alter. p. 93 sqq.]. Ulpian L. 23 pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6). Paul. V. 26, §. 2, so wie die §. 45, Not. 28) angeführten Stellen Quinctilians. Alex. Sever bemerkt noch, daß die cessio bonorum dagegen schütze: „ne judicati detrahantur in carcerem", L. 1 C. qui bon. ced. (7, 71). Die L. 1 C. Th. qui bonis ex l. Julia (4, 20) spricht vom Zwang zur Zahlung congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate und Justinian in L. ult. C. qui bon. ced. gedenkt der bonorum cessio, welche salva existimatione et omni corporali cruciatu semoto geschieht. — S. auch Nov. 135, c. 1.

Digitized by Google

und außerdem nur subsidiär, wenn kein Vermögen da war, vorgekommen [25]). Nach untergegangener manus injectio wurde das ducere schlechtweg extra ordinem ausgewirkt [26]). Die venditio aber ist nur an die Stelle der endlichen Entziehung des caput getreten, weshalb auch der Schuldner infamirt (§. 76 a. E.), überhaupt wie capite deminutus behandelt wird, so daß „nulla actio (sc. civilis) ex ante gesto" weder ihm [27]) noch gegen ihn zusteht [28]), obwohl wegen der bereits geltend gemachten Foderungen gegen den locupletior factus auf wiederholte venditio angetragen werden konnte (denn dieses postulare ist keine neue actio) [29]). Nur dem necessarius heres ist vergönnt worden, sogar blos die hereditaria bona verkaufen zu lassen [30]), sofern er nicht etwa, um der ignominia zu entgehen, das beneficium legis Juliae (§. 78)

---

25) So sucht Heffter Institt., S. 551, Not. 17) der längst von Hugo (Magaz. Bd. 2, S. 494) bemerkten Schwierigkeit zu entgehen, daß die l. Gall. Cisalp. c. 22 „*praeter* pecuniam certam creditam" nur von proscriptio bonorum spricht. Wenn übrigens ein anderes judicium „uti de pecunia credita" gegeben werden soll, Tab. Her. I, l. 45, so geht das nicht auf die Vollziehung, sondern auf die datio judicii, z. B. wegen der der Darlehnsklage eigenthümlichen Sponsion, s. §. 58.

26) Denn auch bey manus injectio kam deshalb kein judex vor, die judicati actio aber, an die man hier allein denken könnte, sollte die gültige Existenz des Judicats selbst zur Entscheidung bringen, nicht dessen Execution erwirken (§. 138), die überall nur Sache des Magistrats ist, L. 15 pr. D. de re jud.

27) L. 40 D. de op. libert. (38, 1). L. 4 de cur. bon. dand. (42, 7).

28) L. ult. D. quae in fraud. cred. (42, 8). *Mühlenbruch* Observatt. p. 15—18. Schweppe Rechtsgesch. §. 592 im Anf. mit Bd. 1, §. 229.

29) So vereinigt sich Gaj. II, 155 f. mit L. ult. D. cit., und die Consequenz mit der Billigkeit; denn es bleiben alsdann nur die Gläubiger ausgeschlossen, welche sich nicht zu rechter Zeit gemeldet haben, und welchen nur durch integri restitutio geholfen werden kann.

30) Gaj. II, 155 (über das „propter contractionem" s. Dirk-

vorziehen durfte, dann aber freylich sein ganzes Vermögen abtreten mußte [31]).

§. 78.

Fortsetzung. Bonorum cessio.

Sich vertragsweise mit seinen Gläubigern zu vereinbaren, war, wie in den 12 Tafeln ausdrücklich, so in der Folge natürlicher Weise fortwährend gestattet [1]). Auch pflegte man, um der Fama des Verstorbenen zu schonen [2]), einen insolventen Nachlaß nach einer vorher mit den Gläubigern getroffenen Uebereinkunft anzutreten [3]). Es ist sogar dahin gekommen, daß sich die Minderzahl derselben dem deshalb von der Mehrzahl abgeschlossenen Nachlaßvertrage fügen mußte, und zwar, wie schon Ant. Pius rescribirt, selbst der Fiscus und die anderen privilegirten (nur nicht die hypothecarischen) Gläubiger [4]). Ein Rescript von Marcus hat die Sache genauer regulirt („forma a D. Marco data"), dahin namentlich, daß die Gläubiger zusammenkommen und einen Gesammtbeschluß fassen [5]), und daß Separatverträge der Art von nun an kraftlos seyn sollen [6]). Dissentiren die Gläubiger, so decretirt der Prätor, wie es gehalten werden muß, was auch die Abwesenden bindet.

---

sen, Beyträge, S. 292 — 294). §. 1 I. de hered. qual. (2, 19). L. 1 §. 18 D. de separ. (42, 6).

31) Ob er es durfte, ist die Frage, da die lex Julia Ausnahmen machte, und da Gajus blos des anderen Falls, daß cum ignominia, also nicht in Folge der lex Julia verkauft wurde, gedenkt. Uebrigens könnte jenes beneficium des necessarius heres so gut jünger als älter wie die lex Julia seyn.

1) Ob. §. 46, Note 12). Apulej. Apolog. c. 2 u. unt. Not. 10).

2) L. 23 D. quae in fraud. (42, 8).

3) L. 7 §. 17. 18. L. 44 D. de pact. (2, 14). L. 23 D. cit.

4) L. 10 pr. D. de pact.

5) L. 10 pr. D. cit. L. 7 §. 19 de pact. L. 23 D. cit.

6) L. 7 §. 19 cit. *Hodie* tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum etc.

Digitized

Er hat sich aber nach der Majorität zu richten, die sich nach der Größe der Foderungen und erst wenn diese gleich sind nach der Kopfzahl bildet. Gibt auch diese keinen Ausschlag, so soll ihm die dignitas der Votanten und am Ende freylich die billigere Meinung zur Richtschnur dienen [7]). — Ein Schuldner pflegte ferner auch wohl durch eidliche Versicherung der Insolvenz wenigstens Frist zu gewinnen [8]), und hin und wieder haben sich auch die Gläubiger mit Abtretung des Vermögens begnügen müssen [9]). Aber nicht unter Sulla [10]),

7) L 7 §. 19, L. 8, L. 9 pr. §. 1, 2 D. de pact.

8) S. Note 10). 9) S. ob. §. 47, Note 2).

10) Diese sehr gewöhnliche Meinung beruht auf Varro L. L. VII, 5. wo es nach den §. 45, Note 5) angeführten Worten: „Liber, qui suas operas etc. nexus vocatur, ut ab aere obaeratus“, weiter heißt: „Hoc C. Popilio rogante (So Augustin. Vertran. u. A. statt des früheren C. P. *vocare*, s. *Spengel*, p. 383). Sylla dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam jurarunt (od. jurarent), ne essent nexi, dissoluti.“ Viele Antiquare beziehen die Stelle auf die lex Petillia Papiria, den Namen Popilio ändernd, u. Sylla dictatore als unecht verwerfend, was Mehrere gebilligt, wie *Herald* de rer. jud. auct. II, 25, §. 2 bey Otto thes. T. II, p. 1283, *Bach* h. j. p. 143. *Mazochi* ad Tab. Heracl. p. 431 sq., Andere verworfen haben, z. B. Dabelow Concurs S. 107—112. *Dirksen* ad Tab. Her. p. 109. — Ferner liest Vertranius statt jurarent: *ejurarent*, denn vgl. Cic. ad div. IX, 16 u. Fest. v. *Ejuratio* significat id, quod desideretur, non posse praestari. Endlich zählt die Tab. Her. II, l. 39—41 unter denen geschmälerter Ehre auch auf: „(qui) bonam copiam juravit, juraverit; qui sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit, renuntiaverit, se solidum solvere non posse, aut cum eis pactus est, erit, se solidum solvere non posse; prove quo datum, depensum est, erit; cujusve bona ex edicto — — possessa, proscriptave sunt, erunt.“ D. h. 1. wer auf eidliche Versicherung seiner Insolvenz von den Creditoren vorläufig nicht in Anspruch genommen worden, oder sich 2. mit ihnen durch Nachlaßverträge arrangirt, oder 3. einen Vinder gefunden hat, oder aber 4. wirklich bonorum proscriptio erleiden mußte. Andre Erklärungen bey Mazochi, p. 431 sqq., *Marezoll*, p. 142 sq. (welche Beyde jurare und ejurare unterscheiden), u. *Dirksen*, p. 101 sqq. (welcher diese Ausdrücke für

ſondern erſt durch eine Julia lex[11]), wohl die Auguſtiſche judiciaria[12]), iſt den Schuldnern ein bleibendes „beneficium“[13]) zu Theil geworden. Wenn ſie nämlich durch ſolenne Erklärung (darüber §. 79) ihren Gläubigern bonis cedunt (vorausgeſezt, daß ſie condemnirt waren, oder die Schuld zugeſtanden hatten[14])), ſo erfolgt dann zwar ebenfalls bonor. venditio und die gleichfalls nicht von wiederholter venditio befreyt, ſobald der Prätor eine ſolche für billig erachtet[15]), die aber auch nicht mehr als eine fingirte capitis deminutio angeſehen wird. Die Vortheile ſind nämlich[16]) 1. Freyheit von Perſonalhaft[17]), 2. daß die venditio nicht die Ehre ſchmälert[18]), 3. daß jedem Anſpruch aus

---

ſynonym hält. Es ſcheint aber in der Tafel ejurare ſubſtituirt werden zu müſſen. S. auch *v. Hasselt* de legis actionib. p. 200 sqq.). Daß alſo ſolche eidliche Erklärungen eben ſo wie Nachlaßverträge vorgekommen, ſcheint gewiß. Daß die Gläubiger darauf eingehn mußten, folgt keineswegs. Varro aber mag den Inhalt der lex Petillia u. die Sitte des ejurare verwechſelt, oder auch eine blos temporaire lex im Auge gehabt haben. Von *addictis* iſt gar nicht die Rede.

11) S. Bd. 1, §. 36, Not. 10). D. de cessione bonor. (42, 3). C. qui bonis cedere possunt (7, 71). C. Th. qui bonis ex lege Julia ced. poss. (4, 20). Die Literatur iſt die allgemeine in §. 45, Note 1). S. ferner die folgg. Noten u. Hugo Rg. S. 700, Z. 17, S. 877.

12) Ob von Cäſar oder von Auguſt, darüber ſind die Meinungen fortwährend getheilt. S. Bd. 1, §. 36. Dabelow S. 112 fgg. *C. G. Ulbricht* de cessione bonor. sec. jus Rom. et Sax, Lips. 1826, 4, §. 1.

13) L. 1, 4 C. ht. Freylich ein flebile adjutorium oder miserabile auxilium, wie es Juſtinian nennt, L. 7, 8 C. eod.

14) L. 8 D. ht., wo „non“ nicht fehlen darf.

15) L. 1 C. cit. L. 6, 7 D. eod. L. 3 C. de bonis auct. jud. (7, 72).

16) Alles verwirrt hier *J. L. E. Püttmann* de cessione bonorum contumeliosa, Lips. 1784, in opusce. jur. crimin. p. 163 sqq.

17) L. 1 C. cit.

18) L. 11 C. ex quib. caus. inf. (2, 12). L. ult. init. C ht.

Digitized by Google

frühern Foderungen vorläufig exceptio nisi bonis cesserit, und zwar nach der in der Folge recipirten Meinung der Sabinianer selbst von Seiten der Gläubiger entgegen steht, welche noch nicht geklagt hatten[19]), deren actio also bey jeder anderen venditio untergegangen wäre, und daß 4. jezt nur noch in quantum debitor facere potest condemnirt wird[20]). Aber so wie man vor und nach der lex Julia Rücksicht genommen, ob den Schuldner Vorwurf trifft, oder Unglück entschuldigt[21]), z. B. etwa durch die Behandlung des addictus, so wurde vielleicht auch die Gunst der Cession nur denen zu Theil, welchen nicht Delict oder Verschwendung zur Last fällt[22]).

Noch weniger also macht schon die bloße Cession infam, Marezoll üb. bürg. Ehre, S. 199.

19) L. 4 §. 1 D. ht. L. 3 C. de bonis auct. jud. (7, 72). §. 4 I. de replicat. L. 17 pr. D. de recept. (4, 8).

20) L. 4 pr. D. ht. §. ult. I. de actt. — Die beyden lezten Fälle hat man bisher miteinander verwechselt, z. B. Thibaut Civ. Abhh. nr. XVI.

21) Sen. de benef. VII, 16: „Quid tu tam imprudentes judicas majores nostros fuisse, ut non intelligerent, iniquissimum esse eodem loco haberi eum, qui pecuniam, quam a creditore acceperat, libidine aut alea absumsit, et eum, qui incendio aut latrocinio aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit?" Vgl. L. 1 C. Th. ht. Gell. XX, 1: „— addici nunc et vinciri multos videmus, *quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt.*" Ueber die decoctores Cic. Phill. II, 18. Suet. Octav. 40. Spart. Hadr. 18. — *Otto* Comm. ad Instit. IV, 6 fin. *Dirksen* obss. ad leg. Gall. Cisalp. p. 54 sq.

22) Arg. L. 51 pr. D. de re jud. (42, 1), L. 25 f. D. quae in fraud. cred. (42, 8), L. 1 C. Th. ht. Marezoll, a. a. O. S. 198. A. M. *Ulbricht*, l. c. p. 16 sqq. — Zu den erst neuerdings aufgefundenen Quellen gehört ein unter Galba's Regierung vom damaligen Präfecten von Aegypten Tiberius Alexander in Alexandrien erlassenes Edict, welches Misbräuchen in der Verwaltung der Provinz zu begegnen sucht. Näheres darüber bey Schrader in krit. Ztschr. I, 2, S. 129 fgg. u. bes. bey Rudorff im Rhein. Mus. f. Philolog. ꝛc. II, 1, S. 64 fgg. 2, S. 133 fgg. In diesem Edicte wird (l. 15 sqq.) den fiscalischen Beamten un-

Digitized by Google

So erklärt es sich also, wie noch Gajus einer venditio der bona judicati neben der in Folge der lex Julia gedenken konnte, und daß es überhaupt fortwährend Fälle gegeben, wo selbst die privata vincula noch vorgekommen (§. 77), auch nachdem die lex Julia durch kaiserliche Constitutionen auf die Provinzen ausgedehnt worden war [23]). Insbesondere hat man dem Fiscus harte Zwangsmittel gegen die Person seines Schuldners fortwährend gestattet [24]). Den hin und wieder eingetretenen Mißbrauch, dem Gläubiger seine Kinder zum Dienst zu überlassen, hat schon Diocletian für

---

tersagt, sich für Geltendmachung ihrer Privatfoderungen, die sie sich sogar deshalb von Anderen cediren ließen, der fiscalischen Vorrechte zu bedienen. Nur für die wirklich fiscalischen Foderungen war und blieb der Hauskerker als Executionsmittel zulässig, Rudorff, S. 165 fg. Dafür daß in Aegypten unbedingte persönliche Freyheit des Schuldners von jeher galt, auch Diod. I, 79. Aber mit Berufung auf eine Θεοῦ Σεβαστοῦ βούλησις (doch wohl eine kaiserliche Constitution) wird (ungefähr mit den Worten bey Liv. VIII, 28) die Freyheit der Schuldner von persönlicher Haft, sofern sie nicht κακοῦργοι sind, hier abermals anerkannt. Schrader glaubt, die lex Julia selbst sey durch dieses Edict in Aegypten eingeführt worden, allein diese Uebertragung auf die Provinzen ist durch wirkliche kaiserliche Constitutionen erfolgt, s. Not. 23), u. von bonorum *cessio* ist auch gar nicht die Rede. Richtig ist also wohl Rudorffs Ansicht (S. 163 fg.), eine vielleicht schon Augustische Constitution (jene βούλησις) habe mit Rücksicht auf die lex Julia die vorher in Aegypten unbedingt zulässig gewesene persönliche Freyheit nur etwas beschränkt, und zwar namentlich mit Rücksicht auf die Uebelthäter.

23) Nicht erst von Diocletian, sondern dieser referirt es nur in L. 4 C. ht. Vgl. *Spanhem.* orbis Rom. Ex. II, c. 25, p. 183 sqq. ed. Heinecc.

24) L. 9 §. 6 D. ad leg. Jul. pec. (48, 13) „— — corpus retinendo.“ L. 1 C. Th. ht. L. 2, 7 C. Th. de exact. (11, 7), L. 4 C. Th. de fisci debit. (10, 16). Arg. Tac. A. IV, 6 fin. Vgl. *Jac. Gothofr.* ad L. 1 C. Th. cit. — Ueber Aegypten Not. 22) und Amm. Marc. XX, 11, p. 257 ed. Lindenbr., Rudorff, S. 164 fg.

Digitized by Google

unrechtlich anerkannt [25]), und auch noch wieder Justinian verboten [26]).

§. 79.
Das Verfahren *).

Durch ein und daſſelbe Decret [1]) geſtattet der Magiſtrat auf die postulatio es ſey Eines [2]) oder mehrerer Gläubiger (alſo „in rem," denn „cum creditores rei servandae causa in possessionem mittuntur — is qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet" [3])) Beſitz (vorerſt rei servandae causa [4])) und Proſcription, d. h. den Erlaß der Proclamata, wie wir ſagen würden, welches, und nicht blos für dieſen Zweck, durch öffentliche Anſchläge (libellus [5]), titulus [6]), album [7])) geſchah [8]). War nun freylich causa cognita, und meiſtens

---

25) L. 12 C. de O. et A. (4, 10) (ſ. Hefftter Inſtitt. S. 551, Not. 20)) mit Ambros. in Tobiam, c. 8: „Vidi ego miserabile spectaculum, liberos pro paterno debito in auctionem deduci" etc.

26) Nov. 134, c. 7.

*) *Stieber* Diss. cap. 3.

1) Gaj. III, 79 — jubet ea Praetor per dies continuos XXX *possideri et proscribi.* Cic. pro Quinct. c. 6: „Postulat a Burrieno Praetore Naevius, ut ex edicto bona possidere liceat." „Jussit bona proscribi." *Stieber*, p. 58 sq.

2) Wie in Cicero's Rede auf die Bitte des Nävius.

3) L. 5 §. 2 D. ut in poss. leg. (36, 4). — L. 12 pr. de bon. auct. jud. (42, 5). L. 5 D. de cur. bon. dand. (42, 7).

4) L. 1, L. 7 pr., L. 14 §. 2 D. quib. ex caus. (42, 4), u. die Fälle in §. 77, wonach *interim* der Beſitz eingeräumt, aber der Verkauf vorläufig noch nicht geſtattet ſeyn ſoll, der eigentlich nur bey dem latitans unmittelbar erfolgt, L. 21 §. 2 D. ex quib. caus. maj. (4, 6). *Stieber*, p. 29 sq.

5) Cic. l. c. c. 6 „libellos — procurator Quintii dejicit", c. 19, c 20 — Sen. benef. IV, 12.

6) Plin. epp. VII, 27.

7) Tab. Her. I, v. 15, 18. Dazu *Mazochi*, p. 309.

8) Vgl. *Brisson.* v. Proscribere u. selectae antiquit. III, 8.

Digitized by Google

nach wiederholten Dilationen und Auffoderungen [9]), endlich [10]) das Decret ertheilt, ſo mußte dieſer nicht juriſtiſche [11]), ſondern bis zum wirklichen Verkauf nur custodiae causa [12]) zugeſtandene Beſiz [13]) vorerſt 30, beym Nachlaſſe halb ſo viele Tage fortgeſezt werden [14]), ehe die wirkliche venditio vorbereitet werden konnte; die freylich, auch wenn ſie dem Edicte gemäß war [15]), gewiß noch bis zum lezten Augenblicke durch Defenſion, aber freylich jezt nur gegen satisdatio judicatum solvi [16]), verhindert werden konnte [17]). Selbſt die durch eine, wie es ſcheint, gerichtliche [18]) Erklärung, daß man ſeine bona abtrete, veranlaßte Miſſion

9) Z. B. ob nicht amici defendiren wollen? L. 22 D. ex quib. caus. maj. (4, 6).

10) Cic. l. c. c. 16: „Praetores, ut considerate fieret, comparaverunt. — Timide et pedetentim istuc descendunt, vi ac necessitate coacti, inviti, multis vadimoniis desertis, saepe illusi ac destituti.“ Vgl. ferner Not. 4).

11) Die ſchon von Qu. Mucius aufgeſtellte entgegengeſezte Anſicht wird in L. 3 §. 23 D. de poss. (41, 2) getadelt. Vgl. L. 10 §. 1 eod. L. 3 §. 8 D. uti poss. (43, 17). Savigny, Beſiz, 5te A., S. 283.

12) S. Not. 4) u. 11) u. den Gegenſaz in L. 3 pr. D. quib. ex caus. (42, 4) L. 21 §. 2 ex quib. caus. maj. (4, 6).

13) Ueber dieſen Interimsbeſiz hatte der Prätor nach Cic. pro Qu. c. 27 alſo edicirt: „*Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant, quod non poterunt, id auferre et abducere licebit.*“

14) Gaj. III, 79. S. Cic. l. c. c. 8, c. 26.

15) Cicero will zeigen, daß nicht „ex Edicto“ Beſiz ertheilt worden, weil ſein Client, wenn auch abweſend, doch nicht unvertheidigt war.

16) Cic. l. c. c. 8. L. 33 § 1 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

17) Denn was wäre ſonſt der Zweck der, u. natürlicher Weiſe bey Verſtorbenen kürzeren, Friſt? ſ. Gaj. IV, 79 f. L. 33 §. 1 cit. Pügge a. a. O. S. 88 fg.

18) Arg. L. ult. D. de cess. (42, 3), L. 2 C. Th., L. 6 C. qui bonis ced. Vgl. *J. Gothofred* ad L. 2 C. Th. cit. Vielleicht geſchah es in Form der in jure cessio, ſ. §. 86, Note 12).

ließ bis zum wirklichen Verkaufe noch Reue und defensio zu[19]). Nach besagter Zeit kamen auf des Prätors abermalige Verfügung die Gläubiger zur Wahl eines magister (so heißt überhaupt ein gemeinsamer Geschäftsführer[20])), „per quem bona veneant“[21]), und zur Verabredung der lex bonorum vendendorum zusammen. Der Magister darf als solcher nicht verwechselt werden[22]) weder mit dem Curator, welchem auch da, wo nicht oder noch nicht verkauft werden darf, einstweilen causa cognita die Verwaltung übertragen wird[23]), noch mit dem curator bonis distrahendis, welcher erst späterhin an die Stelle des Magister getreten[24]). Der von den Gläubigern und in der Regel aus denselben gewählte Magister[25]) wurde wohl in Eidespflicht genom-

19) L. 3, 5 D. de cess. (42, 3).

20) L. 14 D. de pact. (2, 14). Vgl. L. 57 D. de V. S.

21) Gaj. III, 79. Theoph. III, 12 pr. — Cic. pro Qu. c. 15. Cic. ad Att. I, 1: „— — is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent“ Ibid. VI, 1: „— — de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.“ — Quinct. I. O. VI, 3 §. 51.

22) *Merill.* Obss. V, 38. Geht dieser auch etwas zu weit, so kann man doch nicht mit *Bynkersh.* Obss. VII, 14 sagen, daß zur Zeit der Pandectisten überall nur von Curatoren die Rede gewesen wäre, s. Not. 21) u. 24).

23) L. 6 §. 2, L. 8 D. quib. ex caus. (42, 4). L. 1 §. 1 de cur. bon. dand. (42, 7) u. §. 80.

24) Daher kömmt allerdings oft durch Interpolation curator statt magister in Justinians Compilation vor, was für die Stellen gewiß ist, nach welchen ihm bona vendere obliegt; aber freylich ist auch oft für vendere ein distrahere substituirt worden, vgl. §. 80 u. *Stieber* p. 63.

25) Gaj. III, 79. L. 9 pr. D. ex quib. caus. Nothwendig war das Leztere nicht, L. 2 §. 4 D. de cur. bon. dand. Merill geht hier zu weit, wenn er einen Unterschied darin findet, daß den Magister die Creditoren wählen, den Curator aber der Prätor „ex consensu majoris partis creditorum“, L. 2 pr. D. de cur. bon. dand. Denn eben nur der Magister ist in der ganzen L. 2 gemeint.

men[26]), und war zwar den nicht mitwählenden Creditoren nicht verantwortlich, aber dieſe konnten dennoch am Erlöſe Theil nehmen[27]). Wurden mehrere magistri gewählt[28]), ſo haftet auch, wenigſtens nach des Caſſius Meinung, der, „qui nihil attigit“[29]), und haften alle in solidum[30]), aber gezwungen zur Annahme des Amtes war man in der Regel nicht[31]). Durch jene lex aber wurden nachträglich die vom Käufer zum wenigſten zu erfüllenden Bedingungen publicirt[32]). Erſt nach abermals 30 (ſo entſtehen die 60 Tage der 12 Tafeln) oder 15[33]) Tagen, binnen welchen auch öffentlicher Ausruf durch praecones, wie bey Auctionen, vorgenommen wurde[34]), kann der Prätor die bona den Meiſtbietenden zuſchlagen laſſen (addicere)[35]). Es wird aber vom Käufer nicht eine gewiſſe Summe geboten, ſondern er hat die Gläubiger pro parte zu befriedigen, er zahlt, wie wir ſagen würden, gewiſſe Procente[36]). Bey gleichem Gebote wurde der Gläubiger, und zwar unter mehreren Gläubigern wer am meiſten zu fodern hat, alsdann die Verwandten vorgezogen[37]).

§. 80.
Wirkungen.

Der immittirte Creditor darf weder auf Koſten der übri-

26) Cic. ad div. XII, 30: „— a magistris cum contenderem de proferendo die, probaverunt mihi sese, quominus id facerent, et compromisso et jurejurando impediri.“

27) Arg. L. 5 D. de cur. bon. dand. u. ob. Not. 3).

28) Cic. ad div. l. c. L. 2 pr. §. 2 D. eod.

29) L. 2 §. 5 D. eod. 30) L. 3 eod.

31) L. 2 §. 3, §. 5 f. eod.

32) Theoph. l. c. Cic. pro Qu. l. c.: „— qui (magistri) qua lege et qua conditione pareat (debitor) pronuntient.“

33) XX bey Gajus iſt offenbar Schreibfehler.

34) Cic. pro Qu. c. 15.

35) Gaj. u. Theoph. ll. cc.

36) Vgl. Theoph. l. c. mit §. 80.

37) L. 16 D. de reb. auct. jud. (42, 5). L. 60 de pact. (2, 14). Klenze in der Ztſchr. f. geſch. Rw. Bd. 6, S. 73 fg.

Digitized by Google

gen Gläubiger, noch des Schuldners selbst, Vortheil oder Nachtheil haben. Deshalb hat der Prätor beyden Theilen *(ad quem ea res pertinet)* in factum a. zugesagt[1]), und zu denen, welche die Sache angeht, gehört nachher der Magister, sowie, wenn es nicht zum Verkaufe kömmt, der Schuldner selbst[2]). Der Magister vertritt den Schuldner, handelt statt seiner, klagt und wird verklagt utiliter, und wen er substituirt, der ist der Vertreter des Magisters[3]). Durch den Zuschlag tritt aber nunmehr der Käufer an die Stelle des Schuldners, welchem er jure praetorio succedirt, so daß er also ein in bonis esse an den dem Schuldner gehörigen Sachen erhält, und utiles actiones gegen den Schuldner, sowie er von den Gläubigern auf die verabredete Rata utiliter belangt wird[4]). Seine utilis (in personam) a. ist aber entweder die Rutiliana, welche, wenn Rutilius die bonorum venditio erst eingeführt (§. 76), die älteste seyn muß, oder eine Serviana. Dort klagt er, als wenn er des Schuldners Procurator, hier, als wenn er dessen Erbe wäre, dort also wird aus des Schuldners Person intendirt, und auf den Kläger selbst die condemnatio gestellt, hier, se heredem esse fingirt[5]). Also trat wohl die Rutiliana ein, wenn vivi bona, und hat für den anderen Fall, daß mortui bona verkauft worden sind, und also nicht aus des Schuldners Person intendirt werden konnte (denn mortuo nihil dari oportet), ein Prätor Servius nachgehol-

1) Das Edict lautet nach L. 9 pr. D. de reb. auct. jud. also: *Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei ad quem ea res pertinet non restituat: sive quod impensae sine dolo fecerit, ei non praestabitur: sive dolo malo ejus deterior causa possessionis facta esse dicetur: de ea re judicium in factum dabo.*" Dazu L. 9 §. 1 sqq. L. 10 sqq. D. eod.

2) L. 9 §. 3 sqq. eod.

3) L. 2 §. 1, 2 D. de cur. bon. dand. Daß hier vom Magister die Rede, beweisen die Worte: cujus bona veneant.

4) Gaj. III, 80, 81. IV, 35. Theoph. l. c. L. 2 §. 1 D. cit.

5) Gaj. IV. 35. Vgl. §. 156.

Digitized by Google

sen [6]). Ferner ist dem Käufer, und zwar dem bonorum sector, ein, sectorium genanntes, und jedem andern bonor. emtor ein anderes interd. adipisc. possess. gegeben worden [7]). Aber nur die persönlichen Foderungen sind es, hinsichtlich welcher sich die Gläubiger mit dem bonor. emtor einlassen [8]). Denn es versteht sich von selbst, daß der Käufer nur cum onere erwerben kann, daß also die Eigenthümer nach wie vor vindiciren können (als solche a creditoribus separantur) [9]), und daß die bereits bestellten Pfänder dem erst durch die Mission selbst begründeten Pfandrechte (§. 85) vorgehen, ohne Rücksicht auf die auch manchen persönlichen Foderungen ertheilten Privilegien [10]). Die Folge solcher privilegia exigendi (über diese selbst s. §. 83) mußte freylich die seyn, daß den einfachen Gläubigern gar kein Gebot geschehen konnte, bevor den privilegirten nicht volle Befriedigung zugesichert war. Unter diesen selbst kann nur wieder die Stärke eines Privilegiums einen Vorzug begründen, nicht die Zeit, auf die es bey persönlichen Foderungen überhaupt nicht ankömmt [11]).

§. 81.

Distractio bonorum *).

Zur vorläufigen Verwaltung der bona possessa konnte natürlicher Weise noch vor der Ernennung des Magister,

---

6) Umgekehrt nicht aus der Unzulässigkeit der Rutiliana actio bey mortui, sondern aus der Unpaßlichkeit der Serviana bey vivi bonis erklärt die Sache Pügge a. a. O. S. 93.

7) Gaj. IV, 145, 146.

8) L. 10 init. C. de bonis auct. jud. (7, 72). L. 10 pr. D. de pact. Zum Theil a. M. scheint Hefftter Institt. S. 567 fg. zu seyn. Aber kein Pfandgläubiger kann es ja verhindern, daß der Schuldner generaliter veräußre, u. behält sein Realrecht.

9) L. 24 §. 2 D. de reb. auct. jud.

10) L. 9 C. qui pot. in pign. (8, 18).

11) L. 32 D. de reb. auct. jud. L. 6 f. C. eod. (7, 72).

*) D. de curatore bonis dando (42, 7).

Digitized by Google

und vielleicht selbst neben demselben, zu jeder Zeit ein Curator bestellt werden[1]). Aber erst ein (dem Gajus, Neratius, und den D. fratres bekanntes) Senatusconsult will, daß bey einer clara persona statt der venditio und also des magister vendendorum bonorum, nur ein curator distrahendorum bonorum gratia vom Prätor (Präses) ernannt werde, „ut honestius ex bonis ejus, quantum potest, creditoribus solveretur“[2]), also wohl ohne daß infamia oder die Folgen einer capitis deminutio eintreten, wiewohl Antoninus und Verus auch noch rescribirt haben: „bonis per curatorem Scto distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere“[3]). Es scheint ferner, daß in anderen Fällen der Senat den Creditoren zwischen vendere oder distrahere die Wahl gelassen hat, die alsdann unabänderlich war[4]). Die Vereinzelung hat allerdings die Folge, daß ein etwaiger Ueberschuß dem Schuldner zurückgegeben werden muß[5]). Die in factum a. wegen Verwendung oder Verschlechterung (§. 80) ist auch auf den Curator bezogen worden[6]), sowie überhaupt alle die mit dem Begriffe der Universalsuccession nicht im Widerspruch stehenden Grundsätze stillschweigend vom Magister auf den Curator übergegangen sind. Die Güter privatim unter sich vertheilen, oder sich im Ganzen oder Einzelnen für die Foderung eigenthümlich addiciren zu lassen, ist den Creditoren nicht gestattet worden, nicht einmal bey dem cedirten Vermögen[7]). Auch ist die noch durch

1) L. 1 §. 1 ht. — — curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda. L. 14 pr. de reb. auct. jud.

2) L. 5 D. de curat. fur. (27, 10). Vgl. L. 9 eod. L. 4 D. ht.

3) L. 4 D. cit.

4) L. 9 D. de cur. fur. Vgl. L. 5 D. ht. mit L. 2 pr. D. eod.

5) L. 6 pr. de reb. auct. jud. L. 45 §. 12 D. de jure fisc. (49, 14). L. 10 §. 1 C. de bonis auct. jud.

6) L. 9 §. 3 D. de reb. auct. jud.

7) L. 4 C. qui bon. ced. (7, 71). L. 6 init. C. de bon. auct. jud. Arg. L. 1 C. de jure domin. imp. (8, 34).

Digitized by Google

das ganze Pandectenrecht und vielleicht ſelbſt zu Diocletians Zeit[8]) vorgekommene bonor. venditio (ſammt dem Magiſter) abgekommen[9]), und das distrahere, mitunter ſelbſt ein dividere allgemein geworden[10]). Der Untergang jener Succeſſion, der univerſalen nämlich[11]), hänge, ſagen Juſtinian und Theophilus (in den Provinzen) mit dem Untergange des ordo judiciorum und der conventus zuſammen[12]), welche räthſelhafte Aeußerung doch am Ende weiter nichts ſagen will, als daß mit dem ordentlichen Prozeſſe die conventus, und mit dieſen ein Verfahren aufhören mußte, welches überall locale Anweſenheit des Beamten vorausſezt (vgl. §. 6 a. E.)

§. 82.

Separation. Verkürzung der Gläubiger.

„Post bona possessa" war „par conditio omnium creditorum facta"[1]), da keiner für ſich allein beſizt, ſ. §. 79,

8) Vgl. Rubr. u. L. 6, 9 C. de bon. auct. jud. possid. seu venundandis. L. 4 C. qui bon. ced.

9) *C. F. Günther* ad L. L. 12 et 27 pro socio, Lips. 1823, 4, p. 11 sqq.

10) Wenn Gaj. II, 154 ſagt: ut — bona veneant — ſo §. 1 I. de her. qual. (2, 19) ſtatt deſſen: ut — bona a creditoribus possideantur (et) vel distrahantur vel inter eos dividantur. Vgl. auch §. 79, Not. 24). Daß Hefftter Inſtit. S. 563 fg. den Untergang der bonor. venditio ſchon zu Paulus Zeit annehmen möchte, beruht darauf, daß er theils die Interpolationen, theils den Unterſchied zwiſchen venire und distrahere bona nicht gehörig beachtet, u. z. B. die L. 2 D. de cur. bon. dand. überall auf den curator distrahendor. bonorum bezieht. — Zu weit war aber Günther gegangen, wenn er (l. c. p. 24 sqq.) auch noch unter Juſtinian die Univerſalſucceſſion des bonor. emtor für zuläſſig hält, blos dadurch verführt, daß nicht genugſam interpolirt worden.

11) Daher iſt auch das „cujus bona emerimus" bey Gaj. II, 98 in §. ult. I. p. q. p. n. a. (2, 9) weggeblieben.

12) pr. I. u. Th. de succession. sublatis.

1) L. 6 §. 7 f. D. de his quae in fraud. (42, 8).

Note 3). Nur hat bisweilen der Prätor die civilrechtlich nothwendige Confusion verschiedener Massen zu hindern erlaubt[2]). So braucht der necessarius heres blos die ererbten bona zum Verkaufe bringen zu lassen (§. 77), und hat ein prätorisches Edict den Erbschaftsgläubigern causa cognita[3]) Separation der bona defuncti und der eigenen bona des Erben versprochen[4]), welches Recht auch den Legataren vergönnt worden[5]), aber aus gutem Grunde nicht den Creditoren des Erben[6]). Nach jener Analogie[7]) aber haben römische Juristen auch die Gläubiger eines Haussohnes, wenn er nachher miles geworden, und sein castrensisches Peculium verkauft werden sollte, von dieser Masse zurückgewiesen, ingleichen die Gläubiger, welche den Vater de in rem verso belangen könnten[8]). Daß nicht das Vermögen in fraudem creditorum geschmälert werde, dafür hat einerseits die lex Aelia Sentia insofern gesorgt, als sie dergleichen Manumissionen für ungültig erklärt hat[9]), und im Allgemeinen das prätorische Edict[10]), vielleicht schon zu Cicero's Zeit[11]). Die Worte lauten so: „quae fraudationis causa

---

2) D. de separationib. (42. 6). C. de bon. auct. jud. etc. et de separationib. bonorum (7, 72).

3) Daher L. 1 §. 12 D. ht. u. daß es nicht zu spät, man hat angenommen nicht nach einem quinquennium zulässig, L. 1 §. 13 eod.

4) L. 2 C. ht. 5) L. 6 D. ht.

6) L. 1 §. 2, 5 D. eod. Daraus folgt L. 1 §. 17 eod.

7) Auch die Separation in L. 6 §. 1 D. ht. beruht auf keinem Edicte.

8) L. 1 §. 9 D. ht. (So werden auch bey der ohnehin auf prät. Rechte beruhenden Vertheilung der peculiaris merx die Gläubiger verschiedner tabernae separatim in tributum gezogen, L. 5 §. 15 — 18 D. de trib. act. (14, 4)).

9) Bd. 1, §. 208, S. 767 fg.

10) D. de his quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur (42, 8), C. de revocandis his quae in fraudem creditor. alienata sunt (7, 75). Dabelow, Cap. 13.

11) Die Stelle bey Cic. ad Att. I, 1 wird meistens auf die

gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit (also namentlich dem magister), intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudavit, servabo" [12]). Und ferner hat der Prätor in einem ähnlichen Edicte Restitution angeordnet, und dadurch ein Interdict begründet [13]). Jene in factum actio wird auch Pauliana genannt [14]), und ist eine persönliche, auf Delict gegründete, nämlich gegen die fraudis conscios, und bis auf die Bereicherung auch wenn die Gläubiger ohne dolus fraudirt sind [15]), gerichtete Klage auf Schadloshaltung [16]). Das in dem andern Edicte gegebene interdictum wird fraudatorium genannt [17]). Die am Ende des vorigen Edicts gegen den fraudator [18]) selbst versprochene Klage widerspricht freylich dem Grundsatze, daß er nicht ex ante gesto belangt werden soll [19]), und wird daher auch nur subsidiär, und in quantum facere potest, gestattet [20]). Wer übrigens vor der possessio bonor. zu seiner Befriedigung gelangt ist, auf den ist das Edict nicht angewandt worden; denn „sibi vigilavit," und erst die Immission macht die Lage der Gläubiger gleich [21]). Außerdem ist auch noch edicirt

---

Pauliana actio bezogen, z. B. *Cujac* ad C. ht., wenn nicht eine einfache a. de dolo gemeint ist, vgl. Dabelow, S. 389.

12) L. 1 pr. D. ht. 13) L. 10 pr. D. ht.

14) L. 38 §. 4 D. de usur. (22, 1). Theoph. IV, 6 §. 6.

15) L. 6 §. 8. 10, 11, L. 9 D. L. 5 C. ht.

16) L. 38 §. 4 de usur. (22, 1) vgl. mit L. 1 §. 26 ne quid in fraud. patr. (38, 5). L. 1, L. 9 pr. D. ht.

17) S. §. 73, Not. 33).

18) So oder defraudator heißt überhaupt der Gemeinschuldner, Gaj. IV, 65. *Brisson.* v. fraudator.

19) L. ult. §. ult. D. ht. Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur; licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur — —.

20) L. ult. C. ht. Dazu *Cujac.* Obss. XII, 5.

21) L. 6 §. 7, L. 10 §. 16, L. 24 D. ht.

Digitized

worden: „quod postea contractum erit, quam is, cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur“ [22]).

§. 83.

Die privilegirten Foderungen*).

Wann und durch welche Quelle die einzelnen exigendi privilegia gegeben wurden, das läßt sich bey den wenigsten nachweisen. Daher muß die Darstellung vom Pandektenrechte ausgehn, wo wir sie allein vorfinden. Nur das §. 78 Note 22) erwähnte Edict zeigt uns jezt, daß schon zu Augustus Zeit das Privilegium des Fiscus für seine Foderungen und der Ehefrau für ihre Dos bestand, welches leztere sogar jenem vorzugehen [1]) scheint [2]), obwohl sich schon damals die Tendenz der fiscalischen Beamten zeigte, das fiscalische Privilegium möglichst auszudehnen [3]). Bereits Paulus sagt: privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere [4]), und nur die poenae exactio ist von kaiserlis

22) L. 25 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

*) *Chr. Lud. Runde* de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quib. jure Rom. prospectum est creditorib. debitoris obaerati per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum, Gotting. 1794. 4, p. 28—31, p. 42, p. 46 sq., p. 57 sq., p. 60 sqq.

1) Das Edict, Z. 19, 25, 26. Vgl. Schrader in krit. Ztschr. Bd. 1, H. 2, S. 131 fgg. und danach Spangenberg im Archiv f. civ. Prax. Bd. 11, S. 453 fgg. — Rudorff im Rhein. Mus. f. Philol. ꝛc. Bd. 2, S. 167 fgg.

2) Es wäre nämlich immerhin möglich, daß von einer Conventionalhypothek die Rede war.

3) Rudorff a. a. O.

4) Paul. V. 12 §. 10 vgl. mit L. 10 pr. D. de pact. (2, 14), woraus wenigstens hervorging, daß der Fiscus zur Zeit des Ant. Pius zu den privilegiariis gehörte, und mit L. 34 de reb. auct. jud. (42, 5). Wie? wenn er in jus privati succedirte, Ulpian in L. 6 pr. D. de jure fisci (49, 14). Ausdehnung auf Kaiser und Kaiserin, L. 6 cit. §. 1.

Digitized by Google

chen Rescripten ausgenommen worden[4a]). Durch specielle Verleihung von Seiten des Princeps ist auch Städten[5]) ein dem fiscalischen ähnliches Privilegium gegeben worden[6]), oder in den Provinzen durch proconsularische Edicte, so wie manche, namentlich griechische Colonien in Asien dergleichen auch kraft ihrer Statute hatten. So stand es noch zu Trajans Zeit[7]). Aber wiederum Paulus sagt geradezu: Respublica creditrix omnibus (also wohl gleich dem Fiscus auch den privilegirten) chirographariis creditoribus praefertur[8]), ein Vorzug, welcher in der Folge auch den Kirchen zu Theil wurde[9]). Ferner war „ex utilitate publica receptum," daß derjenige, welcher eine bey ihm deponirte Geldsumme bey einem Argentarius oder Nummularius unverzinslich niedergelegt hat, in dessen Concurse vor den privilegirten Gläubigern (*ante* privilegia) befriedigt werden soll, obwohl wer sonst Geld bey den Wechslern unverzinslich deponirte, nur einen den übrigen privilegirten Gläubigern nachstehenden Vorzug hat (*post* privilegia potiorem eorum causam placuit)[10]). Ferner ist, wie es scheint, vorzugs-

---

4a) Namentlich von Alex. Sever in L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri (10, 7). S. auch L. 48 §. 1 D. de jure fisci (49. 14). Den Worten nach scheint jenes Rescript den Fiscus sogar erst nach den „rem suam persequentibus" creditoribus befriedigen zu wollen, wie auch Modestin sagt: omnium fiscalium poenarum petitionem *creditoribus postponi*, L. 17 D. de jure fisci. Allein Papinian respondirt auf das Bestimmteste, daß mit diesen Worten mehr nicht gesagt seyn solle, als daß der Fiscus sich seines Privilegiums nicht bedienen könne, nicht aber, daß er hinsichtlich der Pönalforderungen schlechter als die Privaten gestellt werde, L. 37 eod. (Antinomie liegt also nicht vor, sondern restrictive Interpretation.)

5) Dirksen, Civ. Abhh. Bd. 2, S. 100—103.

6) L. 10 D. ad munic. (50, 1).

7) Plin. epp. X, 109 sq. u. Arg. L. 37 D. de reb. auct. jud.

8) L. 38 §. 1 D. eod. (42, 5).

9) L. 23 pr. C. de S.S. eccles. (1, 2).

10) Für jenes Ulpian L. 7 §. 2, 3, Papinian L. 8 D. depos.

Digitized by Google

weise privilegirt[11]) die auf Erstattung der Leichenkosten (es sey unmittelbar für die Bestattung oder als Auslage für den, welcher diese Kosten zu bestreiten verpflichtet ist) gerichtete funeraria oder irgend andere actio[12]). Wie weit aber demnächst der Vorzug gegangen, welchen die rei uxoriae actio, und dann aus Billigkeit auch die Rückfoderung der s. g. Dos bey nicht zu Stande gekommener Ehe genoß[13]), das ist freylich unbestimmt[14]), und seit dem stillschweigenden Pfandrechte, welches den Dotal- wie den fiscalischen Foderungen zu Theile geworden, auch minder bedeutend. — Dem Fiscus, und so wohl überhaupt allen vorzugsweise privilegirten Creditoren, nachsteht das Privilegium dessen, welcher zur Verfertigung, Anschaffung, Ausrüstung eines

(16, 3). Für dieses L. 24 §. 2 D. de reb. auct. jud. (42, 5). So nämlich vereinigt die Stellen Neustetel in den röm. rechtl. Untersuch. nr. II. Unberücksichtigt von *W. Th. Kraut* de argentariis et nummulariis, Gott. 1826, p. 115—122.

11) Paul. I. 21, §. 15. Marcian L. 45 D. de relig. (11, 7).

12) Ulp. L. 17 pr. de reb. auct. jud. Scävola L. 46 §. 2 de relig. Wegen L. 14 §. 1 de relig. glauben Viele, die Leichenkosten seyen sogar allen Pfandfoderungen vorzuziehen. Allein etwas anderes ist die Klage auf Erstattung dieser Kosten, etwas anderes der obrigkeitliche Zugriff, um für die Beerdigung Rath zu schaffen. Lezten Falls greift die Obrigkeit an, was da ist, im Nothfalle selbst die verpfändeten Sachen, u. das sagt L. 14. Wer aber dadurch verliert, hat natürlicher Weise seinen Regreß an denjenigen, welchem die Bestattungskosten zu tragen obliegt, Erben, Verwandte u. s. w.

13) Ulpian u. Paulus L. 17 §. 1, L. 18, 19 de reb. auct. jud. Ulp. L. 22 §. 13 sol. matr. (24, 3). Sever u. Anton. L. un. C. de privil. dotis (7, 74). Hermogen. L. 74 D. de J. D. (23, 3). S. Bd. 1, S. 588.

14) L. 9 C. de jure dot. (5, 12) vom J. 251: Dotis tuae potiorem causam esse convenit, quam Reipublicae, cui postea idem maritus obnoxius factus est. L. 12 pr. C. qui pot. in pign. (8, 18). Nos — ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes *pene* personales actiones haberent privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores.

Digitized by Google

Schiffes Credit gegeben, oder dafür als Verkäufer den Preis zu fodern hat[15]). Gewiß nur auf gleicher Linie stehen auch die übrigen privilegiarii. Diese sind noch 1. durch ein Edict des Marcus derjenige, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld hergeliehen[16]). Das Marcische Sct., welches stillschweigendes Pfandrecht gibt[17]), ist wohl jünger. 2. Jeder, mit dessen Gelde ein privilegirter Gläubiger abgefunden worden[18]), und welcher durch Verabredung auch gradezu an dessen Stelle treten konnte[19]). 3. Pupillen in Bezug auf das Vermögen ihrer Tutoren oder Protutoren (aber nur jene selbst, nicht ihre Successoren oder Cessionarien), ausdehnungsweise auch die, welche sich aus Freundschaft der Geschäfte eines Unmündigen annehmen, die prodigi und die, welche wegen Gebrechlichkeit unter Cura stehn, aber nicht bey bloßer cura bonorum[20]).

§. 84.
2. Die übrigen Missionen.

Die custodiae causa.

Die ältesten Missionen waren die in die gesammten[1]), am Ende zu veräußernden bona. Die theils in den Edicten

15) Paulus L. 26, Marcian L. 34 D. de reb. auct. jud.

16) L. 24 §. 1 D. eod. L. 25 de R. C. (12, 1). L. 1 D. de cess. bon. (42, 3).

17) L. 1 D. in quib. caus. pign. (20, 2). Vielleicht ist die durch eine oratio Marci veranlaßte Bestimmung der L. 52 §. 10 D. pro socio (17, 2) in demselben Sct. enthalten gewesen, *Cujac.* Obss. XIX. 20.

18) Ulp. L. 24 §. 3 de reb. auct. jud.

19) Ulp. L. 2 D. de cess. bon. (42, 3).

20) Gajus, Ulpian, Paulus L. 19 §. 1 — L. 23 de reb. auct. jud. Papin. L. 42, 44 §. 1 D. de adm. et per. (26, 7). Paul. L. 22 D. de tutelae (27, 3).

1) Cic. pro Qu. c. 29: „Omnino autem bona possessa non esse constitui, quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in universis, quae teneri et possideri possunt."

Digitized by Google

ſelbſt (z. B. auf die Pupillen und die von Staatswegen Abweſenden), theils in der Ausführung genommenen Rückſichten führten von ſelbſt auch blos custodiae causa verhängte Beſitzeseinweiſung herbey, wobey es nie zum Verkaufe der bona als ſolcher kömmt, obwohl nach Umſtänden und im Nothfalle einzelne Sachen veräußert, oder aus der Maſſe Alimente gereicht werden müſſen. Denn auch gegen nicht vertheidigte Pupillen, oder bevor man weiß, aus welchem Grunde Jemand abweſend, oder wenn es noch zweifelhaft iſt, ob der Erbe keinen Nachlaß finden werde — da konnte vorläufig nur rei servandae causa verfügte Miſſion nothwendig werden [2]). Beſonderer Edicte hat es darüber gar nicht bedurft. Wohl aber iſt auch noch Immiſſion in den Nachlaß verſprochen worden, um ſolchen dem möglichen Erben ſicher zu ſtellen. Nämlich ventris nomine aus Rückſicht auf das ungeborne Kind, und durch ein Carbonianum edictum, wenn der Status des noch nicht mündigen (alſo auch des noch ungebornen) Kindes ſtreitig iſt [3]), ſo wie auch der teſtamentariſche Erbe vorläufig in die Erbſchaft eingewieſen werden konnte [4]). Nach Analogie der rei servandae iſt auch legatorum (vel fideicommissorum) servand. c. eine Miſſion in die hereditaria bona verſprochen worden, wenn der Erbe des Vermächtniſſes halber zu ſatisdiren weigert [5]). Sie gibt nur Mitbeſitz [6]), und erſt nach einem Reſcripte von Antoninus Caracalla wird bey 6 Monate lang fortgeſezter Weigerung auch in des Erben

2) S. §. 79, Not. 12).

3) S. Bd. 1, S. 529. Löhr in ſ. Magaz. Bd. 2, S. 451 fgg. (Ob der Carbo, welcher zur Zeit des Pompejus gelebt hat, Val. Max. V, 3 §. 5, Verfaſſer des Edictes war, wiſſen wir nicht.)

4) L. 2, 3 C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33). Dazu Savigny in Ztſchr. Bd. 6, S. 233 fg.

5) D. ut in possessionem legator. l. fideicommissor. servandorum causa esse liceat (36, 4). C. ut in p. leg. l. fid. serv. causa mittatur, l. quando satisdari debeat (6, 54).

6) L. 5 pr. D. ht.

Digitized by Google

übriges Vermögen immittirt [7]). Dieſen Beſitz muß, wie auch in den vorher genannten Fällen, Jeder beſonders erwerben, obgleich alsdann unter den missis ſelbſt keine Rangordnung beſteht [8]). Daſſelbe gilt auch für die wegen verweigerter cautio damni infecti blos in singulam rem verhängte Miſſion ex primo decreto [9]), die gleichfalls noch auf einem beſondern Edicte beruht [10]). In allen dieſen Fällen iſt der Beſitz gleichfalls kein juriſtiſcher [11]), ſondern jedem missus iſt zur Erlangung, Schützung und Wiedererlangung ein eigenes Interdict ertheilt werden, ſowie zu dem erſten Zweck hin und wieder auch unmittelbare Zwangsmittel gebraucht werden konnten [12]). Erſt wer die Wiederherausgabe widerrechtlicher Weiſe verſagt, erlangt freylich wirklichen Beſitz [13]), wie aus dem entgegengeſezten Grunde wer nach verweigerter cautio d. inf. ex sec. decr. immittirt worden, ſ.

7) L. 5 §. 16 D., L. 6 C. ht.

8) L. 5 §. 3, 4 D. eod. S. überh. *L. C. Schröder* de natura et effectib. pignoris Praetorii atq. judic., Marb. 1741, 4. p. 91 sqq.

9) L. 15 §. 15 D. de damn. inf. (39, 2).

10) S. §. 85. Wenn die röm. Juriſten in der Regel nur die missio rei serv., legator. c. und ventris nomine, nächſt der ob damnum inf., zuſammenſtellen, L. 1 D. quib. ex caus. (42, 4), L. 12 eod. L. 10 §. 1 de poss. (41, 2). L. 4 §. 1 de off. ej. cui mand. (1, 21): ſo hat das darin ſeinen Grund, weil 1. nach neuerem Rechte (L. 7 §. 3 C. de cur. fur. 5, 70. §. ult. I. de B. P.) in der Bitte um eine Carboniana zugleich die um eine ordentliche bon. possessio lag, Hermogen. in L. 15 D. de Carb. ed. (37, 10), ſo daß ſie in Juſtinians Compilation nicht mehr zu den bloßen Miſſionen gezählt wurde, Löhr a. a. O. S. 457—459. 2. Eine furiosi nomine ertheilte Miſſion iſt erſt unter Juſtinian entſtanden, ſ. §. 86, 3. die wegen Teſtaments nicht durch das prätoriſche Edict, ſo wie auch 4. nicht die blos in singulam rem verhängten Miſſionen, bis auf die hervorgehobene wegen damnum infectum, ſ. §. 85.

11) S. §. 79, Not. 11). L. 9 D. de R. V. (6, 1). L. 5 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4).

12) S. §. 73, Not. 16) u. 17). L. 5 §. 27 ut in poss. legat.

13) L. 1 §. 9 D. quod. legat. (43, 3).

§. 85. Uebrigens ist es dem schon durch die legis a. per pign. capionem begründeten Sprachgebrauche ganz gemäß, das Verhältniß des missus zur wirklich in Besitz genommenen Sache pignus zu nennen. Es ist auch insofern ein wirkliches, nämlich *praetorium* pignus [14]), als die nicht pfandweise gedeckten Ansprüche nunmehr nachstehen müssen. Allerdings wohl bey der venditionis causa verhängten Mission entstanden [15]), ist doch dieser Begriff hernach bey allen übrigen Missionen geltend, und noch bey der jüngsten Mission sehr bedeutsam geworden, vgl. §. 85 a. E. Denn seit es auch im Civilrechte nicht mehr blos vertragsmäßige Pfänder gab, hat ein solches jussu magistratus bestelltes nichts Auffallendes gehabt [16]), und es muß sogar darüber gestritten worden seyn, in wie weit man hier die beym Pfandrecht überhaupt geltenden Grundsätze zur Anwendung bringen wolle [17]).

§. 85.

Die Missionen in einzelne Gegenstände.

Offenbar die zulezt entstandene Art der missio ist die in singulam rem, für welche einigermaßen die noxales actiones ein Vorbild darbieten, insofern das nicht defendirte caput nocens dem Kläger überlassen werden mußte [1]). Denn sie tritt ein 1. wenn eine Schaden drohende Sache

14) L. 26 pr. §. 1 D. de pign. act. (13, 7). L. 3 §. 1 D. de reb. eor. (27, 9). L. 12 D. pro emt. (41, 4). C. de praetorio pignore, et ut in actionib. debitorum missio praetorii pignoris procedat (8, 22). *Schröder* sect. 1, c. 3.

15) *Stieber*, p. 57 sq.

16) L. 26 pr. D. de pign. act. Non est mirum, si ex quacunque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui; cum testamento quoque pignus constitui posse Imp. noster cum patre (Alex. Sever mit Ant. Caracalla) saepissime rescripsit.

17) Arg. L. 2 C. ht.

1) L. 7 §. 1 D. de d. inf. (39, 2).

Digitized by Google

nicht defendirt, d. h. damni infecti (futuri) causa Caution verweigert, 2. wenn der mit in rem a. belangte Besitzer nicht defendirt, insbesondere weder judicium accipirt, noch de re restituenda cavirt wird. — In jener Beziehung ist den Digesten zufolge edicirt worden, daß, wer seines baufälligen Hauses wegen dem Nachbar Sicherstellung weigert, den Mitbesitz, und bey fortgesezter Weigerung zu gewärtigen hat, daß dieser durch ein zweytes Decret vom Prätor als Eigenthümer behandelt werde[2]). Aber die deshalb auf das Edict des praetor peregrinus sich berufende lex Galliae Cisalp. gibt bey verweigerter Caution eine in factum a., so daß also späterhin erst an die Stelle derselben das Auskunftsmittel der Mission getreten zu seyn scheint[3]). In dem zweyten Falle ist bey dem latitans fortwährend, und bey absentia nur in Folge der billigen Ansicht späterer Juristen, namentlich des Celsus, nicht in omnia bona immittirt worden[4]). Ebenso ist bey vom gegenwärtigen Besitzer verweigerter Defension nach der lex Gall. Cis. bonor. venditio eingetreten (§. 76), bis das prätorische Edict[5]) den billigern Grundsaz der bloßen transferenda possessio aufstellte, so daß der vorher Beklagte hernach nur als Kläger sein Recht geltend machen kann[6]). — 3. Das unter den legis actiones in gewissen

---

2) L. 7 pr. D. de damn. inf. Das Edict sagt possidere jubebo, aber daß dieser Ausdruck hier wie so oft das in bonis esse bezeichnet, ergibt sich aus L. 15 §. 16, 17, 33 de damn. inf.

3) L. Gall. Cisalp. c. 20. Auf andere Weise erklärt die Sache *Dirksen* ibid. p. 25 sqq.

4) L. 7 §. 16—19 D. quib. ex caus. (42, 4). S. §. 77, Not. 3) a. E.

5) L. un. C. uti poss. (8, 6).

6) L. 20 §. 1 D. de int. in jure (11, 1). — L. 80 D. de R. V. (6, 1). L. un. C. cit. — L. 15 do op. novi nunt. (39, 1). L. 60 §. 1 de usufr. (7, 1), u. für das spätere Recht L. 8 C. quomodo et quando (7, 43). L. 8 §. 3 C. de praescr. 30 l. 40 ann. (7, 39). Nov. 18, c. 10. S. auch Hollweg Versuche, S. 282, Not. 73).

Digitized by Google

Fällen zunächst als Selbsthülfe, aber in vielen Beziehungen des öffentlichen Rechts den Magistraten als Zwangsmittel, und wohl vorher schon bey den extraordinariae actiones[7]), sowie überhaupt für ihre Cognitionen dem Magistrat eingeräumte[8]) pignora capere[9]), ist, wenn nicht schon durch die Praxis, doch auf jeden Fall durch ein Rescript von Antoninus Pius[10]) gegen die judicati und confessi zur Anwendung gebracht[11]), und auch sonst noch durch Rescripte ausgebildet worden[12]). Es ist gleichfalls eine auf Decret der Obrigkeit, aber von ihren Officialen[13]) vollzogene[14])

7) Arg. L. 31 D. de re jud. aus des Callistratus lib. 2 cognitionum. Hefftter Institt., S. 549.

8) L. 5 §. 10 de agnosc. (25, 3). L. 1 §. 3 de insp. ventre (25, 4). Arg. L. 4 §. 2 de d. inf. (39, 2). — §. 3 I. de satisd. tut. (1, 24). S. auch L. 29 §. 7 D. ad leg. Aq. (9, 2).

9) *Chr. W. Küstner* de ritu pignorum capiendor. ap. veteres Rom., Lips. 1742, 4. *Idem* ritum pignorum capiendor. in rep. Rom. exp., Lips. 1743, 4.

10) L. 31 vgl. mit L. 15 D. de re jud. (42, 1).

11) C. si in causa judicati pignus captum sit (8, 23), de execut. rei judicatae (7, 53). *Chr. W. Küstner* pignus in causa judic. captum, Lips. 1744, 4.

12) L. 1 C. ht. (8, 23) u. das Folgende.

13) L. 2 C. ht. L. 74 D. de evict. (21, 2) vgl. mit L. 5 §. 27 ut in poss. leg. (36, 4). Executores ist der allgemeine Name für die Diener, durch welche die Obrigkeit die executio sententiae vollziehen läßt, L. 4 pr. §. 1 D. de appell. (49, 1). L. 6, 8 C. de exec. (7, 53). L. 5 C. quor. app. non recip. (7, 65). L. 7 C. quae res pign. (8, 17). Ihr Amtsname: viatores, apparitores, L. 5 §. 27 D. cit. L. 50 de evict. §. 24 I. de action. Gegen ihre unbefugten Schritte konnte doli actio zulässig werden, L. 3 §. 8 D. de neg. gest. (3, 5). L. 50 D. cit.

14) Ueber den Unterschied zwischen diesem und jedem anderen praetorium pignus s. *Cujac.* Obss. V, 30. Wenn aber in L. 50 D. cit. gesagt wird: Si pignora veneant per apparitores Praetoris extra ordinem sententiam sequentes — so heißt das weiter nichts, als daß die (im ordentl. Prozeß entstandene) Sentenz (wie immer) extra ord. exequirt werde. Vgl. L. 58 D. de re jud. L. 1 C. de exec. rei jud.

Digitized by Google

Mission in einzelne Gegenstände, welche weggenommen (gepfändet) und bey unterbleibender Befriedigung unter fernerer obrigkeitlicher Leitung öffentlich zum Verkauf gebracht werden[15]). Dieses pignus judicati causa captum[16]) ist, als das gelindere Mittel da, wo es nicht Noth that, also gegen Solvente[17]), an die Stelle der missio in die gesammten zu verkaufenden bona getreten. Nach abgelaufenem judicati tempus kann die Pfändung decretirt, und dem Antoninischen Rescript zufolge erst 2 Monate nach der capio zum Verkauf geschritten werden, also wieder nach denselben 60 Tagen, wie bey der bonorum venditio. Ein etwaiges superfluum wird restituirt[18]), wie bey der bonorum distractio. Zuerst pflegen die beweglichen Sachen gepfändet und veräußert zu werden, reicht das nicht aus, so läßt der Magistrat auch die unbeweglichen angreifen, und zulezt auch die jura und nomina[19]). Das lezte gestattet ein Rescript des Anton. Caracalla[20]), welcher ferner auch, wenn bey der gerichtlichen Licitation, wo der Gläubiger mit bieten kann[21]), kein annehmlicher Käufer sich findet, die Sache für die Foderung zuzuschlagen gestattet[22]). Die etwa entste-

15) L. 31 D. de re jud. L. 2 C. ht. — L. 49 D. fam. erc. (10, 2). L. 15 de evict. L. 6 §. 2 de re jud.

16) S. noch L. 9 pr. D. de min. (4, 4). L. 3 §. 1 de reb. eor. (27, 9).

17) L. 31 D. cit. — — si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli D. Pius in haec verba rescripsit etc.

18) L. 31 D. cit.

19) L. 15 §. 2, 8 D. de re jud. — L. 2, 3 C. quando fiscus (4, 15).

20) L. 15 §. 8 cit. Vgl. auch Gordians L. 5 C. de exec. rei jud. Man soll aber nicht stipendia retinere rescribiren Sever und Antonin, L. 4 C. eod.

21) L. 2 C. ht. (8, 23).

22) L. 15 §. 3, 6 D. de re jud. L. 3 C. de exec. rei jud. So auch Gordian in L. 3 C. ht.

Digitized by Google

hende Frage, ob der Verurtheilte Eigenthümer der gepfändeten Sache sey, soll summatim, d. h. auf Wahrscheinlichkeit hin entschieden werden, natürlicher Weise ohne daß dadurch einem dritten wirklichen Eigenthümer sein Recht und dessen Verfolgung abgeschnitten wird [23]). Auch soll, um nicht Prozeß aus Prozeß zu erzeugen, nur gegen baares Geld, nicht auf Credit zugeschlagen werden [24]). Uebrigens gibt gültige Pfändung einen Vorzug vor späterem Pfandrecht an der Sache [25]), so wie dagegen eine vorangegangene Mission, eine solche nämlich, die blos dem missus zu gut kömmt, wie legator. servand. causa, vor dieser Pfändung einen Vorzug gewährt [26]).

§. 86.

3. Die Veränderungen unter den christlichen Kaisern.

Schon durch das Institut der bonorum cessio, sowie durch die pignoris capio, und endlich durch die bonorum distractio, ist die mit der bonor. venditio verknüpft gewesene Infamie und fingirte capitis deminutio vollends verschwunden. Unter den Missionen aber ist, soweit sie blos custodiae causa ertheilt worden sind, die ex ed. Carbon. als solche weggefallen, insofern der impubes jezt gradezu bonorum possessio agnoscirt [1]). Dagegen ist die furiosi nomine durch eine Verordnung Justinians entstanden, welche den Streit, ob der Curator für den Furiosus bonor. possessio agnosciren könne, dadurch vermittelte, daß er sich nur provisorischen Besiz zuweisen lassen sollte [2]). Die missio ser-

---

23) L. 15 §. 4 D. eod. Ueber bestrittene Foderungen L. 15 §. 9 eod.

24) L. 15 §. 7 eod.

25) L. 10 D. qui potior. in p. (20, 4).

26) L. 2 C. qui pot. in pign. (8, 18). *Schröder*, p. 142.

1) S. §. 84, Not. 10).

2) L. 7 §. 3 C. de cur. fur. (5, 70), wonach L. 2 §. 11, 13 D. ad Sct. Tert. (38, 17) interpolirt ist, Löhr Mag. Bd. 3, S. 62 fg.

Digitized by Google

vandorum legatorum causa hat dem von Justinian den Legataren ertheilten gesezlichen Pfandrechte weichen müssen [3]). Aus jedem praetorium pignus gibt Justinian die dingliche Pfandklage [4]), und in Bezug auf die crediti causa gefoderte Mission hat er eine ausführliche Verordnung erlassen, wonach die durch die Mission Eines oder einiger Gläubiger für alle übrigen erwirkte communio nur in sofern eintreten soll, als diese in derselben Provinz binnen 2, außerdem binnen 4 Jahren bey den innehabenden Creditoren ihre Foderungen anmelden, liquid machen, und an den Kosten Theil nehmen [5]). Dabey wird vorgeschrieben, wie mit dem erlös'ten Geld verfahren werden soll [6]), und die sich nicht meldenden persönlichen Gläubiger (auf die hypothekarischen geht das Gesez ohnehin nicht) können noch möglicher Weise aus dem Ueberschusse befriedigt werden, und verlieren auf keinen Fall ihre Foderung gegen den Schuldner [7]). Also Präclusion, wie bey uns, oder gar Edictalladungen sind auch hier nicht gegründet. Daß in Folge einer spätern Verordnung ein Gläubiger nur bis auf den Betrag seiner Foderung hätte immittirt werden können, ist eine irrige Behauptung [8]). — Das bisweilen zweymonatliche tempus judicati [9]) hat Justinian auf 4 Monate für den Judicatus

---

3) L. 1, L. 3 §. 2 C. comm. de legat. (6, 43). Löhr a. a. O. S. 195 u. im Archiv f. civ. Prax. Bd. 5, S. 208 fg., Not. 3).

4) L. 2 C. si in causa jud. (8, 23).

5) L. 10 pr. C. de bon. auct. jud. (7, 72).

6) L. 10 cit. §. 1. 7) L. 10 cit. pr. fin.

8) Die blos beyläufige Bestimmung der Nov. 53, c. 4 §. 1 wollte nämlich nichts am alten Rechte ändern. Wenn ein Gläubiger in die bona mittirt ist, so soll aus denselben so viel als zur Deckung des beschworenen Betrags seiner Foderung nöthig ist, veräußert werden, was mit L. 10 §. 1 cit. und mit dem Recht der distractio ganz übereinstimmt. Vgl. *Schröder*, p. 96 sq.

9) Aus L. un. pr. C. Th. de usur. rei jud. (4, 19) hat man auf eine gesezliche Feststellung dieser Frist schließen wollen, und das „nonnunquam" verschiedentlich erklärt, *J. Gothofr.* ibid. T. I,

Digitized by Google

ſelbſt, und zugleich für deſſen Fidejuſſoren und Mandatoren ausgedehnt [10]). Bey bonor. cessio begnügt ſich Theodos der Große mit voluntatis sola professio [11]), d. h. wohl mit jeder Art von gerichtlicher Erklärung [12]), und erſt Juſtinians Compilatoren gehen noch weiter, wenn ſie ſagen: bonis cedi, non tantum in jure, sed etiam extra jus potest u. ſ. w. [13]). Zufolge den neuen Anſichten über Peculien hat auch dem filius fam. die Ceſſion nicht verſagt werden können [14]). Die ausnahmsweiſe Strenge gegen die fisci debitores iſt geblieben, wenn nicht, wie ſchon Gratian und Valentinian verordnet haben, Unglück entſchuldigt [15]). Eben dieſe Kaiſer caſſiren auch alle den Schuldnern ertheil-

---

p. 443. *Wenck* ibid. p. 259. Es iſt aber gewiß nur die 30tägige Friſt nebſt ihrer arbitrairen Verlängerung gemeint, ſ. §. 77 bey Not. 21).

10) L. 2, L. 3 §. 1 C. de us. rei jud. (7, 54).

11) L. 2 C. Th. qui bon. ex l. Jul. (4, 20). L. 6 C. qui bonis cedere (7, 71).

12) *J. Gothofr.* ad L. 2 C. Th. cit. In der L. Rom. Burg. Tit. 38 wird zu einer gültigen cessio klare professio und Schrift verlangt, und hinzugeſezt: Quodsi de vi et metu is qui cessit queri voluerit, intra annum similiter institutam peragat actionem, secundum Theod. legem lib. IV. tit. *Qui lege Julia cedere possunt.* — J. Gothofred und Wenck (p. 261) beziehen daher die ganze Stelle auf die bonorum cessio, Barkow aber (in ſeiner Ausg. der l. Rom. Burg. p. 114) behauptet, daß jener erſte Theil der Stelle nicht von dieſer Ceſſion, ſondern von der Translation des Eigenthums, die im Mittelalter cessio genannt werde, zu verſtehen ſey. War aber etwa die Form der bonorum cessio keine andere als die einer jeden cessio in jure, ſo iſt es ganz begreiflich, wenn in dem Titel, welcher von jener Ceſſion handelt, ſo allgemein von der Form der cessio ſchlechtweg ſowohl in der Burgundiſchen Stelle als in L. 2 C. Th. cit. geredet werden konnte.

13) L. ult. D. de cess. bonor. (42, 3). Denn daß dieſe Stelle interpolirt iſt, ergibt ſich aus Juſtinians Zuſaz in L. 6 C. cit.: „scrupulositate priorum legum explosa.“ *J. Goth.* l. c.

14) L. 7 C. eod.

15) L. 1 C. Th. eod. vgl. mit §. 78, Not. 24).

Digitized by Google

ten Anstandsbriefe (Dilationen)[16]), welches Gesez in Justinians Compilation von der den Schuldnern überhaupt bisweilen gegen Sicherheitsleistung vom Kaiser zu gewährenden Dilation spricht[17]). Wenn aber Justinian sagt, daß man solito more an ihn sich gewandt habe, damit den Gläubigern die Wahl gelassen werde, bonor. cessio anzunehmen oder fünfjährige induciae zu ertheilen[18]), so sieht man nicht, was hier üblich gewesen; denn die Cession mußte ja in der Regel angenommen werden, wenn man nicht freywillige Stundung geben wollte, und war fünfjährige Stundung üblich geworden? Des Kaisers Einmischung bezog sich doch wohl nur auf den Dissens der Creditoren über Ertheilung solcher induciae, und da verordnet Justinian, daß die Mehrheit der Gläubiger und zwar beurtheilt ganz in der Art, wie beym erzwungenen Nachlaßvertrage (§. 78), den Ausschlag geben, und bey völliger Stimmengleichheit die Zulässigkeit der (dem Schuldner vortheilhafteren) induciae vor der sogleich eintretenden Cession den Vorzug haben müsse[19]). Damit aber das drückende Auskunftsmittel der Cession möglichst vermieden werden könne, so soll der Schuldner alsdann, wenn ihn seine Gläubiger aufs Aeußerste treiben, und keine Zeit, Geld aufzubringen gönnen wollen, zur s. g. datio in solutum schreiten dürfen. Es hat nämlich Justinian weiter verordnet[20]), daß

16) L. 6 C. Th. de div. rescr. (1, 2).

17) L. 4 C. de precib. Imp. off. (1, 19). Ob die moratoriae praescriptiones in L. 2 C. eod. grade nur von solchen dilatorischen Einreden zu verstehen, ist noch die Frage. Außerdem enthalten die Quellen nichts über Moratorien, s. *Cujac.* Obss. II, 10, *Jac. Gothofr.* ad L. 3 C. Th. de div. rescr., T. I. p. 16 sq. Dabelow Concurs, S. 151, Not. Neustetel in den röm. rechtl. Unterss., S. 308, Not. 3).

18) L. 8 init. C. qui bonis ced.

19) L 8 C. cit.

20) Nov. 4 c. 3. Dazu Marezoll in Löhrs Magaz. Bd. 4, S. 230 fgg.

Digitized by Google

in einem solchen Falle derjenige, welcher aus einer beym Entstehen schon auf Geld gerichteten Foderung Geld schuldet, den Gläubiger durch Hingabe von andern Sachen befriedigen dürfe. Immobilien braucht derselbe erst anzunehmen, wenn der Schuldner keine beweglichen Sachen hat, und sich kein annehmlicher Käufer für die ausgebotenen Grundstücke findet. Unter den nunmehr taxirten Grundstücken wählt der Gläubiger[21]), und für den Rest bleibt der Schuldner verhaftet, so wie es auch seyn könnte, daß jener herauszahlen muß — ganz nach Analogie der hierdurch surrogirten cessio mit darauf folgender *distractio* bonorum. Endlich hat noch Justinian durch die Bedrückung eines gewissen Mysiers bewogen, welcher Privat- und öffentliche Schulden gehabt haben sollte, an die Provincialvorsteher die Instruction erlassen, daß sie nicht befugt seyen, auf dem Wege der Strenge jene Mission zu veranlassen, daß vielmehr, wenn der Schuldner schwöre, jezt vermögenslos zu seyn, ein weiteres Verfahren eingestellt bleiben, und den Gläubigern nur die Befugniß gegeben werden soll, sich an diejenigen zu wenden, gegen welche ihr Schuldner irgend einen rechtlichen Anspruch habe[22]).

§. 87.

II. Praetoriae stipulationes *).

Durch prätorische Edicte ist in Fällen, wo es nur auf Sicherung des künftigen Klagrechts ankam, nicht eine actio (formula) versprochen, sondern zu caviren befohlen worden (promitti oder satisdari jubebo), welche praetoria stipulatio

21) Eine Ausnahme macht Nov. 120 c. 6.

22) Nov. 135. Vgl. *Herald* de rer. jud. auct. II, 25 §. 11 sqq. in Otto Thes. T. II, p. 1286 sq. — Durch Dabelow's (S. 135 fgg.) ausführliche Deduction wird übrigens die immerhin dunkle Verordnung wo möglich noch unklarer.

*) D. de stipulationib. praetoriis (46, 5). I. de divisione stipulationum, 3, 18 (19).

Digitized by Google

alsdann die Stelle der impetrirten actio in ſofern vertritt, als auf dieſen Grund hin die Anordnung eines Judiciums poſtulirt werden kann[1]). Sie wird daher mit zu den actiones gerechnet[2]), und es kann einem ſolchen Cautionsgeſuche mit Compenſation eben ſo gut, wie der nachherigen ex stipulatu actio begegnet werden[3]). Dieſe praetoriae stipulationes, welche auch durch bonae fidei clausula zu bonae fidei actiones werden können[4]), ſind aber nicht zu verwechſeln mit jenen, welche da, wo ohnehin Action oder Interdict begründet iſt, zur Normirung oder Sicherſtellung des Judiciums dienen ſollen (judiciales[5])), z. B. judicatum solvi, oder der Litiscontestation ſelbſt, wie die communes, quae fiunt judicii sistendi causa. Von beyden unterſcheidet Ulpian die erſtern unter dem Namen cautionales[6]). Die Conception aller prätoriſchen Stipulationen, mit Inbegriff der Aedilitiſchen[7]), ſteht, wie die der Sponſionen, unter der obrigkeitlichen Leitung, und ſie zuzulaſſen oder zu verſagen, iſt ganz, wie bey den formulis, der Cognition des Magiſtrats anheimgegeben, welcher bey ſolcher blos proviſoriſchen Maßnehmung summatim cognoscirt[8]). Die Fälle nun, in welchen die Caution instar actionis dient, ſind 1. das damnum infectum, um deſſentwillen ein prätoriſches Edict theils zu promittiren, theils zu ſatisdiren befohlen hat, indem

1) L. 1 §. 2 D. ht. — quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt. L. 10 §. 3 de comp. (16, 3). L. 20 D. ratam rem (46, 8) — vicem repraesentant actionum.

2) L. 37 D. de O. et A. (44, 7).

3) L. 10 §. 3 D. cit.

4) L. Gall. Cisalp. Col. 1, l. 26.

5) So Ulpian in L. 1 D. ht., aber Pomponius in L. 5 pr. D. de V. O. (45, 1) nennt judiciales, „quae a mero judicis officio proficiscuntur."

6) L. 1 pr. — §. 4 D. ht. L. 5 pr. D. cit. S. auch pr. I. ht.

7) L. 5 pr. f. D. de V. O. L. 28 D. de Aed. ed. (21, 1). §. 2 I. ht.

8) L. 1 §. 9, 10 D. ht. L. 52 D. de V. O.

Digitized by Google

widrigenfalls gradezu in factum actio, ſpäterhin missio, angeordnet worden, ſ. §. 85. n. 1. Außer dieſer *actio* d. inf. [9]) gehört 2. hierher die wiederum ebenſo, als wenn man bey poſtulirter formula contumax iſt, bey Vermeidung der Miſſion anbefohlne cautio legator. l. fideicommiss. servand. causa [10]). So wurde auch um der Creditoren willen ein Erbe als suspectus zur Caution angehalten, deren Verweigerung ſogar Verkauf der Erbſchaft zur Folge haben konnte [10]), weil zugleich die Analogie des inſolventen Erben eingriff. 3. Die von den Vormündern zu leiſtende cautio rem pupilli salvam fore, deren Verweigerung pignoris capio zur Folge hatte [11]).

§. 88.

III. Res cognitionis *).

Daß gewiſſe Rechtsſachen blos vor dem Magiſtrat verhandelt wurden, das beruhte zum Theil auf den Edicten des Prätors, wenn er ſich ſelbſt zu cognosciren vorbehält, z. B. obwohl nur ausnahmsweiſe bey Reſtitutionen (§. 101), oder eine Caution erzwingen will, ſ. §. 87. Zum Theil aber haben die Kaiſer ein ſolches Verfahren angeordnet oder erlaubt [1]). Doch folgt aus der unbeſtimmten Verweiſung einer Sache an die competente Behörde noch keineswegs, daß der Magiſtrat keinen Judex beſtellen ſoll [2]). Auch finden wir bisweilen ein unmittelbares Eingreifen des Magiſtrats da, wo actio oder wenigſtens Interdict ebenfalls gegeben werden konnte, wahrſcheinlich wenn die Sache unbe-

9) L. 3 §. 2, L. 11 §. 3 D. de aqua (39, 3).

10) L. 1 pr. §. 2 D. ut legator. l. fideic. serv. causa caveatur (36, 3). L. 1 §. 2 D. ht.

11) L. 1 §. 2 D. cit. mit Bd. 1, S. 942.

*) D. de extraord. cognitionib. (50, 13).

1) Tac. A. XIII. 51: „— edixit princeps, ut — Romae praetor, per provincias, qui pro praetore aut consule essent, jura adversus publicanos extra ordinem redderent."

2) L. 8, 9 D. de off. praesid. (1, 18).

Digitized by Google

denklich und eilig war [3]). Ueber ventris inspectio wurde sowohl nach einem prätorischen Edicte, als nach kaiserlichen Rescripten blos vom Magistrate verfahren [4]). Insbesondere aber trat überall cognitio ein, wo ein Klagrecht überhaupt weder im alten Civilrechte, noch im prätorischen Rechte begründet war, und wo man am Ende sich genöthigt sah, das nach obrigkeitlichem Ermessen zu erzwingen, was ohnehin eine Pflicht der Pietät oder des Anstands gewesen. So hilft blos cognitio zwischen den Personen, unter welchen ein wahrer Rechtsstreit, und in den Fällen, wo ein eigentlich juristisches oder auch nur nach prätorischem Rechte begründetes Verhältniß nicht zu Grunde liegt. Fast überall ist auch erst unter den Kaisern der Zwang zulässig geworden. Der Art sind Beschwerden der Sclaven gegen ihre Herrn, der Kinder gegen ihre Väter, die Anträge auf Freylassung oder Emancipation [5]), die Prozesse über Alimente [6]), über Honorare derer, welche liberales artes lehren oder ausüben, soweit das überhaupt klagbar geworden [7]), insofern auch über Honorare der Anwälte [8]), über Makelgelder [9]), Ammenlohn [10]), u. s. w. Es würden noch mehr Leistungen der Art hierher gehören, oder die Sache vielleicht einen andern juristischen Character erhalten haben, wenn nicht so viele Dienste von Sclaven oder Freygelassenen ohnehin geleistet werden mußten. In jene Kategorie gehören übrigens auch die Fideicommisse, welchen der mangelnden Form wegen die eigentlich juristische Klagbarkeit fehlt, und deren Erzwingbarkeit also blos dem magistratischen Ermessen anheim

---

3) S. unt. §. 142, auch Hefftter Institt. S. 405, nr. 4.

4) S. Bd. 1, S. 527 fgg.

5) S. Bd. 1, S. 672, S. 748 fgg., Bd. 3, S. 12.

6) L. 5 D. de agnosc. (25, 3), vgl. Savigny in Ztschr. Bd. 6, S. 238, Not. 1).

7) L. 1 pr. §. 1 sqq. D. ht.

8) S. §. 166. 9) L. 3 D. de proxenet. (50, 14).

10) L. 1 §. 14 D. ht.

Digitized by Google

gegeben blieb, aber durch die Praxis endlich ebenso unzweifelhaft geworden ist, als die der Legate[11]). Die einer Cognition bey demselben Magistrat entgegengesezte mutua petitio wurde gleichfalls blos auf diese Weise verhandelt[12]).

§. 89.

IV. Untergang des judiciorum ordo*).

Durch die zunehmende Zahl der wirklichen judicia extraordinaria war es unter den Kaisern nicht mehr so befremdend, wie früherhin, daß der Magistrat judicirte. Die Kaiser selbst zogen bisweilen die Rechtssachen unmittelbar an sich. Statt in der alten Weise einen privatus judex zu ernennen, wurden etwa von der Zeit der Severe an die Sachen an judices aus der Reihe der pedanei gewiesen, s. §. 18. Ueber Libertinität und Ingenuität pflegten bereits vor oder unter Diocletian die Provinzialvorsteher selbst zu cognosciren[1]). Aber eben dieser Kaiser hat ihnen überall selbst zu sprechen auferlegt, und nur ausnahmsweise wegen überhäufter Geschäfte, und auf jeden Fall nur da, wo sie nicht schon vorher selbst cognosciren mußten, die Uebertragung an pedanei judices gestattet[2]). Der alte judiciorum ordo hat sonach schon nicht mehr bestanden, wenigstens in den Provinzen. Genauer läßt sich der Untergang nicht nachweisen[3]). Auf jeden Fall ist bey der neuen Organisation

---

11) Ob. §. 75, Not. 4) u. 8). 12) L. 1 f. D. ht.

*) *Noodt* de jurisd. I, 7. C. L. Goldschmidt über Litiscontest. u. Einreden, Frankf. a. M. 1812, S. 21 fg. Savigny Gesch. des R. R. im M. Bd. 1, S. 77 fg. Mühlenbruch Cession, 2te A., S. 162.

1) L. 2 f. C. de ped. jud. (3, 3). L. 11 C. de lib. caus. (7, 16).

2) L. 2 C. cit. u. ob. §. 18 a. E.

3) *Hop* de judicib. in Oelrichs thes. n. Vol. I, T. II, p. 556 sq. meint, in Rom könne er bis zum Untergange des abendländischen Reichs fortgedauert haben, in Constantinopel sey er durch die Anordnungen der christl. Kaiser untergegangen. Allein diese

unter den christlichen Kaisern das alte Verhältniß völlig vernichtet gewesen. Mit Rücksicht auf die frühere Regel sagt daher Justinian, daß zu seiner Zeit überall extra ordinem jus dicitur [4]). Indessen sind bey den judiciis, welche vorher ordinaria waren, allerdings auch nachher noch die alten Formeln, freylich nicht als Instruction, aber immerhin zur Normirung des Judiciums concipirt und den Acten einverleibt worden, bis das Constantins Söhne abgeschafft haben [5]). Nur mußte aber doch der klägerische Vortrag selbst auf eine, den alten vom Kläger ebenfalls oft nur dictirten (§. 113) Formeln entsprechende Weise eingerichtet, und als ein passender angenommen, actio postulirt und impetrirt werden [6]), (wie man früherhin auf den Grund seines Vortrags formulam postulirte und erhielt). Erst Theodos d. J. hat in den höheren wie in den niederen Gerichten (wo es vielleicht schon vorher der Fall war), die Nothwendigkeit einer solchen acceptirenden Ausfertigung auf die Klage dadurch aufgehoben, daß er die widrigenfalls zulässig gewesene non impetratae actionis exceptio insofern verwirft, als die Klage selbst sachgemäß eingerichtet seyn würde, d. h. also insofern, als sie schon selbst die gehörige Formel aus-

Organisation umfaßt ja auch Rom mit Italien. — Daß jezt theils vor Magistraten (judices), theils vor den davon unterschiedenen pedanei judices (§. 23) prozessirt wurde, wie *Tigerström*, p. 62 sq. p. 181 sq. ausführt, leidet freylich keinen Zweifel, aber das ist allerdings neu, daß die von der älteren judicis datio sprechenden Stellen der Compilation auf die ped. judices des neusten Rechts bezogen werden sollen.

4) S. §. 49 a. E. u. vgl. damit schon L. 3 C. de interd. (8, 1) von Diocletian; s. Not. 1).

5) „Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicibus amputentur" sind die Worte der als L. 1 C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (2, 58) mitgetheilten Constitution, womit Not. 7) zu vergleichen ist.

6) L. 1 C. Th. de dolo (2, 15). L. 1 §. 1 C. Th. de action. certo temp. fin. (4, 14). L. 9 C. Th. de infirm. (15, 14). S. Not. 7) u. Löhr Uebersicht, II. S. 51 fg. Not. 2).

Digitized by Google

spricht, die nur freylich an eine bestimmte Fassung auch vorher nicht gebunden war[7]). Obwohl aber der Klagvortrag grade nicht in vorgeschriebenen Worten gefaßt seyn mußte, so möchte man sich der Kürze und Bestimmtheit halber doch gern in der alt-formellen Weise ausgedrückt haben, so daß man denn wieder, wie in der ältesten Zeit in seiner eigenen Person sprach, indem es ja nicht mehr der Magistrat war, welcher die actio concipirte[8]).

§. 90.

V. Die bisherigen Klagen nach untergegangenem judiciorum ordo.

Wo überhaupt keine Formeln concipirt worden sind, nämlich bey den extraordinariae cognitiones, da kam auch nachher keine actionis impetratio vor, und es blieb fortwährend ein ganz formloser Vortrag, auf welchen eine gewiß immerhin minder umständliche Verhandlung folgte, als bey den wirklichen Actionen[1]). Was diese selbst betrifft, so ist der materielle Unterschied der verschiedenen Klagen durchaus geblieben. Zwischen in jus und in factum conceptae unterscheidet das spätere Recht freylich nicht mehr, und in factum actio hat nur noch die ganz vage Bedeutung einer

7) L. un. C. Th. de omissa actionis impetrat. (2, 3) oder L. 2 C. de formulis etc. J. Gothofred das. hält jene L. 1 C. de form. für einen Theil dieser Theodos. Constitution, wonach also die Compilatoren den einen Theil der Theodos. Constitution den Söhnen Constantins, u. daneben doch den anderen dem Theodos zugeschrieben, ohne daß man einen Grund ersieht.

8) Darauf, daß die Formeln bey Theophilus vom Kläger immer in der ersten Person sprechen, macht Stahl S. 51, Not. aufmerksam, mit der richtigen Bemerkung, daß die formulae nach Aufhebung des judiciorum ordo zur Form der Parteyeingaben wurden. S. auch §. 90.

1) Denn einerseits widmet Justinian den extraord. actiones noch einen besonderen Titel, und andrerseits unterscheidet er überall und selbst in seinen Institutionen fortwährend die nach ihren Formeln verschiedenen actiones. Vgl. *Noodt* de jurisd. I, 15.

Digitized by Google

nicht civilrechtlichen oder nicht der älteren Zeit angehörenden Klage. Ebenso heißt utilis actio weiter nichts mehr, als eine durch Ausdehnung einer früheren Klage zulässig gewordene, ein materieller Unterschied bestand ohnehin nicht zwischen dieser und der directen Klage, der formelle aber ist weggefallen [2]). Da indessen eine durch Fiction, oder durch eine andere Art der Ausdehnung entstandene Klage durchaus nicht immer bis zum vollen Umfange ihrer Musterklage zulässig geworden; so bleibt es allerdings auch im Justinianeischen Recht von Wichtigkeit, wenn eine Klage utilis genannt wird: wir müssen alsdann den Gränzen der Ausdehnung nachforschen [3]). Daß der Unterschied der stricti juris, bonae fidei und arbitrariae actiones geblieben, darüber lassen schon Justinians Institutionen keinen Zweifel. Wenn es auch etwa beym Klagvortrag selbst mit der formellen Fassung nicht so streng genommen wurde, so muß doch der Richter, durch den Sachvortrag belehrt, welche Klage vorliege, die materiellen Wirkungen eintreten lassen. Das Verfahren per sponsionem ist freylich ganz weggefallen, und wo zwischen diesem und der arbitr. a. sonst die Wahl war, da tritt nun immer die leztere ein [4]). Was diese selbst betrifft, so hat der Richter noch immer Restitution, Exhibition u. s. w. zu befehlen, und nun entweder eine Frist zu vergönnen, oder im Falle des Ungehorsams auf Verlangen des Klägers entweder Execution zu verhängen, oder auf die Geldsumme (mit oder ohne poena ganz nach den alten Grundsätzen) zu verurtheilen [5]). Der Grundsaz freylich, daß immer auf

---

2) S. §. 49, Note 7).

3) Z. B. wie weit eine utiliter, also dem Nichteigenthümer, gestattete Vindication gehe? und insofern konnte also auch selbst Justinian noch utiles actiones geben (§. 54, Not. 6)), wie in L. 30 C. de jure dot., vgl. Bd. 1, §. 161, Not. 20) mit §. 160, Not. 14).

4) S. §. 67, 68 u. *Ribbentrop* Diss. p. 26. not. 29).

5) §. 2 I. de off. jud. §. 31 I. de action. L. 68 D. de R. V.

Digitized

Geld condemnirt werden müſſe, iſt im Juſtinianeiſchen Recht abgekommen [6]). Die in rem actiones, als Klagen auf Anerkennung eines dinglichen Rechts, und die damit verbundene arbiträre Reſtitution oder Condemnation ſind geblieben, und nicht minder die lediglich auf Anerkennung gerichteten Präjudicialklagen [7]). Der in factum actiones gibt es ſo viele, als überhaupt aus dem alten Rechte noch beybehalten werden konnten. — Vorläufige Interdicte, in Folge welcher alsdann Actionen concipirt wurden, ſind gewiß ſchon ſeit Diocletian nicht mehr erlaſſen worden, ſondern es wurde „ex causa interdicti," d. h. aus den Gründen, aus welchen ehemals ein Interdict gegeben worden, gradezu geklagt, die Interdicte ſind extraordinariae actiones geworden; der Richter verfährt ebenſo, wie es auch ehemals der Fall geweſen wäre, wenn der Prätor, ſtatt zu interdiciren, eine nach Analogie eines ſolchen Interdicts concipirte alſo utilis actio gegeben hätte [8]).

(6, 1). L. 7 C. de exec. rei jud. (7, 53). — *Ribbentr.* p. 31 sqq. not. 35).

6) S. §. 153.

7) §. 13 I. de action. Das praejudicium sanguinis in L. 16 C. Th. de episc. (16, 2).

8) §. ult. I. de interd. (4, 15). De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: *sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.* Daher Rubr. D. de interdictis, *sive extraordinariis actionib., quae pro his competunt.* So aber auch Diocletian: L. 3 C. de interd. (8, 1): Interdicta autem, licet in extr. judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. L. 17 C. de A. E. (4, 49) — ad instar interdicti — experiendum. L. 2 C. unde vi (8, 4) — vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo. L. 4 C. eod. — Dieſe Stellen Diocletians für interpolirt zu halten, iſt kein Grund da. — Savigny Beſitz, 5te A., S. 408 Not. 1).

Vierter Abschnitt.
Die Vertheidigungsarten*) und Gegenansprüche.

§. 91.
Entstehung und Begriff der Exceptionen**).

Was gegen Angriff schützt, die defensio (wie die ausgebildete Kunstsprache jede Weise der Vertheidigung, es sey durch bloßes Ableugnen, oder durch entgegengesezte Behauptung, nennt[1]), war mannigfaltiger Art. Begründet den Antrag schon der eigene Vortrag nicht, so kann es nicht einmal zu weiterer Verhandlung kommen, und darauf die Obrigkeit aufmerksam zu machen, mußte dem Gegner jederzeit freystehen. Bey legis actiones schadet schon unrichtig gewählter Ausdruck, s. §. 32. Daß eine vom Beklagten abgeleugnete und unerwiesen bleibende Behauptung wie nicht vorhanden anzusehen ist, versteht sich wiederum für alle Zeiten von selbst. Aber den legis actiones noch fremd sowohl in der Form, die erst ein Product des Formularprozesses ist, als dem dieser Form entsprechenden Namen nach, waren die exceptiones [2]). Diese nämlich sind durchaus prätorischen

---

*) Gaj. IV, 116 sqq. D. de exceptionibus, praescriptionib. et praejudiciis (44, 1). C. de exceptionib. seu praescriptionib. (8, 36). I. de exceptionib. (4, 13), de replicationib. (4, 14). — *Brissonius* de formulis V, c. 74—80. — Ein aber freylich mißlungener „Abriß der Geschichte der Einreden" von Karl Sintenis in Zu Rhein Jahrbücher des gem. dtsch. bürg. Prozesses, Nürnb. 1829, Bd. 1, H. 1, nr. VII, S. 158—179.

**) *Hübbe* de exc. rei judicat. § 2. 4, 5.

1) Cic. pro Tullio, c. 45 f. Quinct. I. O. I, 8 nr. 9. L. 43 pr. D. de R. J. L. 56 D. de cond. ind. (12, 6). L. 4, 9, 11 C. ht. Gaj. IV, 116 — exceptiones, defendendorum eorum gratia —.

2) Gaj. IV, 108. Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat: *nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

Digitized by Google

Ursprungs[3]). Denn nach Civilrecht kann das an sich begründete Recht durch die Kraft eines nachfolgenden Ereignisses seiner Grundlage wieder beraubt, jenes Recht also gradezu (ipso jure) aufgehoben werden. Der Judex, darauf ob dieses *jus* bestehe (durch formula in jus concepta) instruirt, muß die Klage eben so abweisen, welche ihre Begründung wieder verloren hat, wie wenn sie nie begründet gewesen wäre, denn immerhin besteht sie jezt nicht (non paret). Insoweit aber weicht der Formularprozeß noch gar nicht ab von dem durch legis a. eingeleiteten; denn beruft sich der Angegriffene auf einen solchen, wie wir es ausdrücken, ipso jure tilgenden Umstand, und beweist seine factische Begründung, so konnte zu keiner Zeit eine Verurtheilung erfolgen. Daß es aber solche Aufhebungsarten an sich begründeter Rechte auch in der ältesten Zeit gegeben, das liegt schon in der Natur der Sache selbst[4]). Die exceptio aber, wenn wir uns zunächst an die wiederum, wie gewöhnlich, auf das Civilsystem gebaute, und also grade dem ältern Verhältniß entsprechende Definition der römischen Juristen halten, tritt einem „jure civili" begründeten Verhältniß entgegen, sobald es nämlich iniquum ist, daß man daraus verurtheilt werde[5]). Sie beruht also selbst nicht auf dem Civilrechte, sondern auf dem Kampfe der aequitas mit dem Civilrecht. Die der exceptio zu Grunde liegende Begebenheit untergräbt nicht den rechtlichen Anspruch, sondern hemmt nur seine Wirksamkeit[6]). Nun aber ist das grade der Character des prätorischen Rechts, daß es einerseits der aequitas zum Sieg verhilft über die Strenge des Civilrechts, und daß es doch andererseits das civilrechtlich Begründete nicht vernichten, sondern eben nur dadurch helfen kann, daß es die

3) Praetoriae exceptiones nennt sie auch Cic. de inv. II, 19. — L. 3 §. 1 D. de const. pec. (13, 5) . . quod jure civili debebat, jure Praetorio non debebat, i. e. per exceptionem.

4) S. z. B. Not. 2). 5) Gaj. IV, 116.

6) Hollweg Versuche, S. 373 fg.

Digitized by Google

Ausübung hemmt. Das Rechtsmittel, durch welches der Prätor die regelmäßige Wirksamkeit des an sich zuständigen Klagrechts ausnahmsweise hindert, und zwar dadurch, daß es die Verurtheilung ausschließt, ist es, was eben deshalb *exceptio* heißt[7]). Durch eine zwischen intentio und condemnatio inserirte adjectio formulae wird der Richter instruirt, auch, si paret, dennoch nicht zu condemniren, wenn auf der andern Seite die und die Behauptung dargethan werden würde (§. 93). Eben mit dem prätorischen Ursprunge hängt es zusammen, daß es bey den legis actiones noch gar keine Exceptionen gab, und daß bey den legitimis judiciis Vieles ipso jure wirkte, was bey den imperio continentibus erst durch Exception, also dadurch, daß der Prätor den dort civilrechtlich begründeten Schuz auf seine Weise verlieh (§. 34). Nur soweit die Civilklagen selbst dem Princip der aequitas unterworfen sind, also dieser zu folgen grade Regel war, da konnte es nicht auch Ausnahme seyn. Darum dürfen wir gewiß annehmen, daß schon bey der judicis postulatio keine unbillige Verurtheilung verhängt werden durfte[8]), und wenigstens ist es bey den nachherigen bonae fidei judiciis nicht erst durch eine Exception bewirkt worden, daß der Judex keine der bona fides widersprechende Verurtheilung fällen durfte, §. 63. Freylich ist im w. S. am Ende auch die officio judicis zu beachtende Einwendung exceptio genannt worden, sofern es eine solche ist, die bey den andern judiciis nur als wahre, (d. h. der Formel adjicirte) exceptio berücksichtigt werden durfte[9]). —

---

7) Gaj. l. c. pr. I. ht. L. 2 pr. — ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est — §. 2 D. ht. L. 17 f. D. de evict. (21, 2) — intentione per exceptionem elisa.

8) *Hübbe*, p. 11.

9) So in dem Ausdrucke exceptiones judicio insunt, welcher freylich so zu paraphrasiren ist: das, was bey andern judiciis nur als exceptio wirken kann, darauf hat hier der Richter ohne exceptio zu achten.

Digitized by Google

Allerdings hat auch das Civilrecht selbst zu Exceptionen Veranlassung gegeben[10], nämlich indirecter Weise durch seine nicht gradezu rescindirenden, also imperfectae leges (Scta, constitutiones), welchen erst der Prätor, und also durch exceptio, Wirksamkeit verschaffen mußte[11]. Wenn aber auch nachgewiesen werden könnte, daß einmal ein Civilgesez gradezu exceptio eingeführt hätte, so wird durch diese Nachahmung des prätorischen Verfahrens die oben behauptete Entstehung und Begründung des Exceptionensystems nichts weniger, als umgestoßen. Ja es war das Rechtsmittel der Exceptionen ein so gangbares geworden, daß es auch gegen die prätorischen Klagen selbst zur Anwendung gekommen. Endlich bey den extraordinariae cognitiones, und überall, als keine Formel mehr concipirt wurde, konnte es freylich in formeller Bedeutung keine Exceptionen geben, aber immerhin hat die bey den ordinariis judiciis als exceptio concipirte Einwendung diesen Namen auch ohne Formel behauptet. Das hat um so mehr der Fall seyn müssen, als nicht allein der materielle Unterschied der ipso jure und ope exceptionis tilgenden Begebenheiten nie untergegangen ist, sondern abgesehen von der Conception, der Regel nach auch nicht der prozessualische[12]. Sogar neu entstanden sind der Exceptionen manche erst im spätern Rechte. Zeitgemäß hat Justinian die alte Definition von exceptio dahin abgeändert, daß sie eintrete, wo zwar „ipsa persecutio, qua actor experitur, justa“ [nicht mehr „ut quis *jure civili* teneatur“] aber „iniqua sit adversus eum, cum quo agitur“[13].

§. 92.

Specielleres, und das Verhältniß zur actio.

Die exceptio beruht auf einer eben so selbstständigen

10) Gaj. IV, 118. §. 7 I. ht.

11) *Schröter* Observv. p. 101 sq.

12) S. §. 98 u. *Hübbe*, p. 35, p. 42.

13) pr. I. ht.

Digitized by Google

und zu erweisenden Behauptung, wie die actio, und in diesem Sinne „agere etiam is videtur, qui excipit“ [1]), obwohl die exceptio durch ihr negatives Ziel der actio gradezu entgegensteht, und also im e. S. „actionis verbo non continetur“ [2]). Aus jedem Klaggrunde kann um so mehr auch excipirt werden [3]), als das Recht der Vertheidigung einen noch weitern Umfang hat als das des Angriffs, und mancher Anspruch nur nicht klagweise geltend gemacht werden kann (in retentione nicht in petitione ist) [4]). Es können mehrere, wenn auch sich widersprechende Exceptionen neben einander allegirt [5]), daneben kann auch der Klaggrund selbst geleugnet werden [6]). Denn im Excipiren liegt kein Geständniß [7]), und es ist schon nach dem Grundsatze des prozessualischen Consumirens eine Verbindung aller Schuzmittel nöthig. Diese Sätze haben seit dem Formularprozesse ihre Geltung fortdauernd behauptet. Durch Ausdehnung sind utiles exceptiones [8]) so gut wie actiones entstanden, und ob eine exceptio (und praescriptio) gegeben werden soll (dari), das kann so gut einer causae cognitio bedürfen, als bisweilen die Ertheilung einer actio [9]). In der Regel wird die Clausel nur auf des Beklagten Verlangen adjicirt [10]), aber zum Begriff einer exceptio (und praescriptio) gehört das insofern nicht, als eine solche Clausel, welche der Prätor der vom Kläger verlangten Formel schon von selbst beyfügte, der Sache nach dasselbe wäre. Wo nun das prätorische Edict eine Klage nur bedingungsweise zusagt, z. B. die temporales actiones nur unter der Voraussetzung, daß die Zeit noch

1) L. 1 D. ht. (44, 1). L. 19 pr. D. de prob. (22, 3).
2) L. 8 §. 1 D. de V. S. (50, 16).
3) L. 1 §. 4 f. D. de superf. (43, 18).
4) Z. B. Ulp. VI, 10 f. L. 51 D. de cond. ind. (12, 6).
5) L. 5, 8 D. ht. 6) L. 43 pr. D. de R. J.
7) L. 9 D. L. 8 C. ht.
8) L. 41 D. de minor. (4, 4). L. 21 de praescr. verb. (19. 5).
9) Cic. de inv. II, 19, 20. L. 1 §. 6 D. de fluminib. (43, 12).
10) Cic. l. c. Gaj. IV, 119 u. f. w.

Digitized by Google

nicht abgelaufen sey[11]), manches Interdict nur insofern als nicht vi, clam, precario verfahren worden: da muß der Magistrat auch unerinnert diese Clausel adjiciren, nämlich eine seinem Edict entsprechende Formel ertheilen, so wie er, wenn das Gegentheil, z. B. die Verspätung, schon durch den Klagvortrag gewiß ist, gar kein judicium eröffnen dürfte. Wird eine solche Clausel nun in exceptivischer Form adjicirt[12]), so wird sie auch wirklich exceptio genannt[13]). Auch auf die officio judicis zu berücksichtigenden Schuzgründe mußte sich der Beklagte in der Regel so gut berufen, wie nicht minder auf die ipso jure tilgenden Umstände, aber nur aus factischen Gründen, weil nämlich auch der römische Richter nur das, was ihm die Parteyen vortragen, weiß oder wissen darf. Allein was er auch nur aus des Klägers unvorsichtigem Vortrag, oder aus den beyläufigen Aeußerungen des Beklagten erfährt, das hat er gewiß ebenfalls berücksichtigen müssen[14]), weil er ganz allgemein auf si paret, und außerdem bey bonae fidei judiciis auf die aequitas verwiesen war. Auch ist von der uns so geläufigen strengen Rücksicht auf das Berufen weder in den römischen Quellen überhaupt, noch in ihrer Terminologie, eine Spur zu finden. Der Unterschied von ipso jure und ope exceptionis beruht ohnehin nicht darauf, und fällt hinsichtlich der officio

---

11) Z. B. L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. (43, 8): „et si non plus quam annus est, quum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est."

12) Denn bey Cic. pro Tullio c. 44 kömmt auch die einfache Formel vor: unde tu — — *in hoc anno* dejecisti.

13) So hinsichtlich des vi, clam, precario: Cic. pro Caec. c. 8 vgl. mit c. 31, 32. — Cic. ad div. VII, 13. L. 1 §. 11 D. de itin. (43, 19). L. 7 §. 3, 4, L. 22 §. 2 f. D. quod vi aut clam (43, 24). Ferner der Ausdruck annua, annalis exceptio, L. 30 §. 5 de pec. (15, 1). L. 1 §. 10 quando de pec. (15, 2) u. s. w. Vgl. v. Schröter in Ztschr. f. Civilrecht u. Proz., Bd. 2, H. 2, S. 252 fg. Not. 1).

14) *Hübbe*, p. 39 sq.

Digitized by Google

judicis beachteten Einreden insofern ganz weg, als es dem Beklagten einerley ist, ob er aus dem einen oder andern Grunde absolvirt wird [15]). Bey den übrigen oder wahren Exceptionen tritt allerdings der Unterschied ein, daß nur sie, nicht die ipso jure tilgenden Umstände der Formel adjicirt, also beym Magistrate geltend gemacht werden müssen, und das leztere, nämlich die frühere Geltendmachung, ist auch nach Untergang des Formularprozesses keineswegs bedeutungslos geworden, s. §. 98. a. E.

§. 93.
Die Einreden in formaler Hinsicht *).
1. Im Allgemeinen.

Von Conception der Exceptionen [1]) kann natürlich nur im Formularprozeß, und insoweit sie der formula inserirt worden sind, die Rede seyn. Sie entkräften alsdann die in der Intention liegende Behauptung dadurch, daß sie die Condemnation von einer Bedingung abhängig machen [2]). Eine der älteren, wenn nicht die älteste Form, in welcher dieß geschah, war die welche die Ausnahme positiv ausdrückte, mit „extra quam" u. s. f. [3]). Am üblichsten aber ist die Form der negativen Bedingung geworden, mit „si non, nisi" u. dgl. z. B. „si in ea re nihil dolo malo Ai. Aii. factum sit" [4]), oder gegen venditi actio: „si ea pecunia, qua de

15) L. 112 D. de R. J. — L. 7 §. 8 de dolo (4, 3). L. 3 §. 1 de const. pec. (13, 5). L. 7 §. 14 f. D. quib. ex caus. (42, 4). L. 66 D. de R. J.

*) *Cujac.* Obss. V, 34. — *Hefster* obs. XXII.

1) Auch davon handeln Paulus in seiner Schrift de conceptione formularum, L. 20 D. ht. (44, 1).

2) Gaj. IV, 119, u. ob. §. 91, Not. 7).

3) Vgl. Cic. de inv. II, 20 (wenn dieses auch das Beyspiel einer praescriptio ist, so nennt sie doch Cicero exceptio, u. unterscheiden sich beyde durch die Stellung, nicht durch die Fassung der Clausel, s. §. 96) mit Cic. ad Att. VI, 1, de inv. I, 33. Labeo in L. 1 §. 16 de fluminib. (43, 12).

4) Gaj. IV, 119.

Digitized by Google

agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est“ [5]), u. ſ. w. [6]). Auch mit den vorangehenden Partikeln ac, oder at, oder aut, z. B. „at, si ea res judicata non sit“ u. ſ. w. [7]), oder in der Wendung: „si paret, Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse, *eamque dolo malo Nii. Nii. Ao. Ao. redditam non esse*“ rel. [8]), oder mit quod [9]), und zwar nicht blos bey den an die Stelle der Präſcriptionen getretenen Exceptionen (§. 96), ſondern namentlich auch bey Interdicten, z. B. „quod incendii defendendi causa factum non sit“ u. ſ. w. [10]). Freylich wird auf die lezte Weiſe oft auch nur der Inhalt der Exceptionen, nicht grade ihre Faſſung bezeichnet [11]), wie gewiß ſchon bey der von Cicero [12]) erwähnten „exceptio: quod ea res in judicium antea venisset“ der Fall iſt, die wenigſtens negativ gefaßt ſeyn müßte [13]), oder wenn es heißt: „exceptio, quod res judicata sit inter me et te“ [14]). So verweiſ't der Ausdruck exceptio (wie actio) quod metus causa blos auf das ſo anfangende Edict, denn die Formel ſelbſt lautet: „si in ea re nihil metus causa factum sit“ [15]), und die exceptio quod facere possit wird alſo concipirt: „*duntaxat in id, quod facere potest*, condemna“ [16]). — In contrarium der exceptio kann dann wieder eine replicatio gegeben werden (exceptionis exceptio),

---

5) L. 25 D. de A. E. (19, 1).

6) Vgl. *Brisson.* de form. V, 75.

7) *Brisson.* V, 77. 8) Gaj. IV, 47 f.

9) *Brisson.* V, 76.

10) L. 7 §. 3, 4 quod vi aut clam (43, 24), L. 1 §. 6 ne quid in flum. publ. (43, 13).

11) *Heffter*, p. 108 a. E. 12) Cic. de or. I, 37.

13) Daß überhaupt die Exceptionen auch poſitiv, als Bedingung der Abſolution, gefaßt worden wären, davon haben wir keine Spur.

14) L. 11 §. 3 D de exc. rei jud. (44, 2).

15) L. 4 §. 33 D. quod met. caus. (44, 2) mit L. 14 §. 13 D. quod met. c. (4, 2).

16) S. §. 141.

Digitized by Google

z. B. gegen die exceptio „si non convenisset, ne eam pecuniam peterem," die replicatio: „si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret" [17], oder gegen die exceptio: „si non curator vendiderit," die replicatio: „aut si, satisdatione interposita, secundum decretum vendiderit" [18]. Der replicatio kann wieder eine duplicatio entgegenstehen, dieser eine triplicatio u. s. w., wie das Alles der Sache nach auch wo keine Formeln concipirt worden sind der Fall war [19].

§. 94.

2. Mit Rücksicht auf den Inhalt.

Fragen wir nun, in wiefern es je nach Inhalt oder Fassung verschiedene Gattungen von Exceptionen gab, so darf vorerst keine der Unterscheidung zwischen in jus und in factum concipirten Actionen entsprechende Fassung der Exceptionen erwartet werden, denn es sind diese ja sämmtlich prätorisch, und in sofern alle in factum, wie sie auch oft heißen [1]. Allein so wie auch unter den actiones in factum die den Richter auf ein Princip verweisenden von den übrigen, insbesondere die doli von einer gleichbedeutenden in factum a. unterschieden wird (§. 70), ebenso sind auch die Exceptionen entweder schlechtweg in factum concipirt, oder es ist auch hier der Richter auf irgend einen Rechtssaz verwiesen worden, unter welchen das factum zu subsumiren ihm überlassen blieb. In diesem Sinne wird die doli von

17) Gaj. IV, 126.

18) L. 7 §. 1 D. de cur. fur. (27, 10). L. 154 pr. de R. J. S. auch Keller, S. 339 fgg. Not.

19) S. überh. Gaj. IV, 126—129. Tit. I. de replicatt. L. 2 §. 1—3 D. de excc. (44, 1). *Brisson.* IV, 80.

1) L. 2 §. 5 de doli exc. (44, 4). — L. 1 §. 4 de exc. rei vend. (21, 3), L. 4 §. 32 de doli exc. — L. 20 pr. de int. in jur. (11. 1). L. 27 de const. pec. (13. 5). L. ult. de Scto Mac. (14, 6). L. 1 §. 4 de superf. (43, 18). L. 9 C. de non num. pec. (4, 30).

Digitized by Google

in factum concipirter exceptio unterſchieden, je nachdem ſchlechtweg darauf, ob in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit, oder darauf, ob von A. Ag. nicht das und das beſtimmte Factum verübt, z. B. ein pactum de non petendo geſchloſſen worden ſey [2]). Oder die exceptiones: „si quid contra leges Senatusve consulta factum esse dicetur“ [3]), z. B. exceptio legis Cinciae, Scti Macedoniani, Vellejani, können gradezu auf das Geſez verweiſen, oder auf den Fall ſelbſt, in factum concipirt ſeyn [4]). Ebenſo iſt es mit der replicatio [5]). Welche Faſſung vorzuziehen ſey, hing theils von der Art der Klage, mitunter auch wohl von der größeren oder geringeren Beſtimmtheit und Allgemeinheit ab, mit welcher das Factum vom Beklagten vorgetragen worden, auf jeden Fall aber, wenn zu wählen war, vom Willen des Beklagten [6]), ſo wie ja umgekehrt die Wahl unter mehrern Formeln vom Willen des Klägers. Nämlich oft hilft nur doli exceptio aus, wo dem Factum als ſolchem die zerſtörende Kraft in dieſem Umfange noch nicht eingeräumt worden, wo

---

2) L. 2 § 4, L. 4 §. 32 de doli exc., auch §. 1 I. de exc. und Keller, S. 343.

3) L. 3 D. de exc. (44, 1).

4) Man hat bis jezt noch nicht den in Vat. fr. §. 310 gedachten Unterſchied der Cinciae legis u. in factum exc. erklären können, ſ. z. B. *Heffter*, p. 107, not. 2). Die Sache iſt die. Vindicirt der Kläger, ſo kann excipirt werden: si non donationis causa mancipavi, eben ſo wie wenn er ſchlechtweg ex stipulatu klagt: si non donationis causa promisi me daturum. Aber wenn er ſelbſt ſchon darauf, daß ex causa donationis ſpondirt worden, ſich beruft, ſo kann excipirt werden: „at si non contra legem Cinciam“ rel., da z. B. ob der Beſchenkte eine excepta perſona war, ob supra legis modum geſchenkt worden, u. ſ. w. von factiſchen Unterſuchungen abhängen kann.

5) L. 14 D. de fidej. (46, 1). L. 28 C. de trans. (2, 4).

6) L. 2 §. 4 f. D. de doli exc. — — et quidem et de pacto convento excipi posse, nequaquam ambigendum est, sed et si hac [doli] quis exceptione uti *velit, nihilominus poterit.*

Digitized by Google

z. B. die *pacti exc.* der Strenge nach nicht helfen würde[7]). Aber das Umgekehrte, eine in factum zu concipirende auch gradezu als doli exc. zu opponiren, ist allerdings in der Regel zulässig gewesen, denn „et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose“[8]), so daß im w. S. jede Exception doli exc. genannt werden konnte[9]). Nur freylich, wo die ignorantia des Klägers jeden Vorwurf eines Dolus ausschließt[10]), oder die Pietät dieses verbietet, da hat die exc. (gleich der actio) nur in factum concipirt werden dürfen[11]). Daß übrigens die meisten Exceptionen, sofern man sie nicht gradezu als doli exceptiones concipiren konnte oder wollte, nur in factum gefaßt wurden, das ist bey der Schwierigkeit, das Mannigfaltige auf ein Princip zu bringen, sehr natürlich, oder es fällt vielmehr Princip und Factum meistens zusammen, z. B. ob res judicata vorliege, ob metu gehandelt worden u. s. w. — Beschränken sich die bisher besprochenen Unterscheidungen auf die Conception, so haben dagegen die folgenden, auf der Wirkung beruhenden, der Sache nach auch ohne die Formeln ihre Bedeutung nicht verloren. Wo die Nachfolger, auch die Singularsuccessoren, zu klagen, da sind sie auch zu excipiren ebenso berechtigt, als es der Vorgänger war, wofür als Beyspiel dienen die rei venditae et traditae, oder die legis Cinciae exceptio, von welcher deshalb einmal gesagt wird, sie sey gleichsam popularis[12]). Denn in rem i. d. S. oder rei cohaerens heißt schon jede auch nur dem Erben, Intercedenten u. s. w. also nicht in jenem Umfange zustehende Einrede, im Gegensatze der auf das Individuum beschränk-

---

7) Vgl. L. 10 §. 2, L. 21 §. 2, L. 25 §. 2 D. de pact. (2, 14), auch L. 4 §. 8 de doli exc.

8) L. 2 §. 4, 5, L. 4 §. 15 D. de doli exc.

9) L. 12 D. eod. 10) L. 2 §. 5 cit.

11) L. 4 §. 16 eod.

12) Vat. fr. §. 266. Dazu *A. G. de Schröter* de popularib. seu vulgarib. excc. ad leg. Cinc. in Obss. nr. V.

Digitized by Google

ten, der personae cohaerentes exceptiones [13]). Im umgekehrten Sinn in rem [14]) heißt die exceptio, welche nicht blos gegen das Individuum eines bestimmten Klägers, sondern auch gegen dessen Erben; oder eine solche, welche selbst gegen Singularsuccessoren, wie wiederum die rei vend. et trad., bisweilen die doli exc. [15]) zusteht (welche leztere in dem andern Sinne, activ, stets in rem ist) [16]); oder eine solche, welche sogar gegen Jedermann gebraucht werden kann, wie die exc. metus, oder die exc. rei judicatae insofern, als über eine Popularklage erkannt, so daß sie deshalb vulgaris genannt wird [17]), oder Freyheit oder Ingenuität zuerkannt worden, vgl. §. 140. Zweifelhaft bleibt es, ob die Ausdrücke vulgaris und popularis exc. synonym (denn jener kömmt nur im passiven, dieser im activen Sinne vor), und ob sie überhaupt technisch sind [18]).

§. 95.

Die dilatorischen Einreden.

Es versteht sich zunächst von selbst, daß eine rechtlich begründete und schon in jure factisch gewisse Einrede jedes weitere Verfahren ebenso abschneidet [1]), als umgekehrt die schon

13) L. 7 pr. §. 1 D. de exc.

14) Mühlenbr. Cession, 2te A., S. 563 fgg.

15) S. überh. L. 2 §. 1, 2, L. 4 §. 27—33 D. de doli exc.

16) Sie wird concipirt: si *in ea re* nihil dolo malo [„neque enim quaeritur, *adversus quem* commissus sit dolus"] Ai. Agii factum sit [denn „specialiter exprimendum est, de *cujus* dolo quis queratur"], L. 2 §. 1. 2 D. eod., obwohl nicht immer nothwendig ist, daß der Thäter selbst grade Kläger sey, s. Not. 15). Hingegen wird die metus exc. ganz allgemein gefaßt, s. §. 93 bey Not. 15).

17) L. 3 pr. D. de pop. act. (47, 23).

18) Beydes nämlich behauptet *Schröter* l. c., p. 97—100, wonach das also die Bezeichnung sowohl der jedem, als der gegen jeden zustehenden Exceptionen seyn würde.

1) Tit. D. quar. rerum actio non datur (44, 5). — Cic. pro Flacc. c. 21. L. 9 §. 5 D. de jurejur. (12, 1). L. 7 §. 6 de Sct. Mac. (14, 6).

Digitized by

rechtlich ungegründete Klage zu keinem Judicium führen kann[2]). Aber jede wahre, d. h. zum Judicium ausgesezte exceptio zerstört die actio für immer. Zwar werden peremtoriae von dilatoriae exceptiones unterschieden[3]). Allein eben auch nur für die noch nicht ins Judicium deducirte actio ist die Unterscheidung von Bedeutung. Dilatoriae excc. sind nämlich solche, welchen der Kläger allerdings entweder dadurch, daß er später oder daß er auf andere Weise klagt, ausweichen kann, aber nur so lange noch, als es nicht zur Litiscontestation gekommen, als mithin die Einrede höchstens allegirt, aber noch nicht zu einer wirklichen (der Formel adjicirten) exceptio geworden ist[4]). Alsdann nämlich ist die exceptio, welche bis dahin zurückgenommen werden konnte, allerdings für immer consumirt[5]), abgesehen von der durch in integrum restitutio möglichen Hülfe[6]). Eben darum[7]), weil nur die in jure zurückgenommene, nicht die bereits in judicium deducirte Klage, wieder geltend gemacht werden kann, ist es so wesentlich, daß grade die dilatorischen Einreden, also die, welchen man ausweichen könnte, wirklich in jure vorgebracht werden; auch nach späterem Rechte (§. 98), indem man seit Zeno und Justinian wenigstens nicht ohne

2) L. 1 §. 5 D. de dolo (4, 3).

3) Gaj. IV, 120, 121. §. 8 — 10 I. de exc. L. 3 D. eod. (44, 1).

4) Die dilator. Einrede differt *actionem*, wie sich Ulpian L. 2 §. 4 D. eod. ausdrückt, aber nicht litem. Ihre Allegation kann also noch Translation der Klage bewirken, weshalb diese Einrede von den Rednern durch den (nur nicht blos darauf beschränkten) Ausdruck translatio, constitutio translativa bezeichnet wird, und die peremptor., wie auch bey den späteren Juristen, vorzugsweise als exceptio, Cic. de inv. I, 8; II, 19 u. 20, auch ad Her. I, 12, II, 12. Quinct. I. O. VIII, 6. Aur. Victor ars rhet. III, 9, 10. IV, 8.

5) Gaj. IV, 123. 124 f. §. 9 I. de exc.

6) L. 15 D. de O. et A. (44, 7) od. L. 2 de exc. rei jud. (44, 2). Keller, S. 578 fgg.

7) Nicht diesen Grund weiß *Cujac.* Obss. XVIII, 34 dafür anzugeben.

Digitized by Google

Nachtheil die um einer solchen Einrede willen abgewiesene Klage aufs Neue erheben kann (vgl. §. 178 a. E.). — Dilatoriae sind nun aber zunächst zwey blos dem Formularprozesse angehörige Exceptionen, nämlich die litis dividuae und die rei residuae exc. (s. §. 11), ferner die Einrede der Stundung, sowohl der vertragsmäßig gewährten als der nach späterem Recht auch hin und wieder kraft des Gesetzes erlangten[8]), die cognitoriae und procuratoriae excc.[9]), die s. g. exc. divisionis, nämlich „*si non et illi solvendo sunt*“[10]), sofern es freylich nicht schon in jure zur Theilung gekommen war[11]). Auch die von Justinian gegebene s. g. exc. excussionis[12]) muß wohl den dilatorischen beygezählt werden, so daß der Kläger, welcher dennoch den Prozeß durchzuführen versucht, gewiß nur insofern gegen denselben Beklagten aufs Neue klagen kann, als er sich den oben erwähnten Nachtheilen unterwirft. Hingegen werden andere Einreden, wie namentlich die des incompetenten Forums von den Römern nie dilatoriae genannt[13]), und denselben auch mit Unrecht beygezählt[14]), aus Gründen, die der folgende §. an die Hand gibt.

§. 96.

Präscriptionen*) und Präjudicien**).

Zur Vertheidigung hat es ehemals auch gewisse prae-

8) Gaj. IV, 122. §. 9 I. L. 3 D. ht.

9) Gaj. IV, 124. §. 10 I. L. 2 §. 4 D. ht.

10) L. 28, L. 51 §. 1 de fidej. (46, 1). Keller, S. 569, Not.

11) L. 51 §. 4, L. 52 §. 1 de fidej. 12) Nov. 4.

13) So hat die vielbesprochene L. 19 C. de prob. (4, 19): Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet, was doch gewiß nicht von der Einrede des incompetenten Forums gelten konnte, gar keine Schwierigkeit, wenn man den Begriff einer dilatoria exc. im röm. Sinn auffaßt.

14) Gefühlt hat man das schon hier u. da, vgl. Gesterding Ausbeute v. Nachforsch. Th. 2, S. 180 fg., S. 183 fgg.

*) *Heffter* ad Gaj. p. 110—115.

**) *Jac. Raevard* de praejudiciis libri II, Brug. 1560, 8 und

scriptiones gegeben, d. h. eben ſo wie die pro actore durch die Worte: „ea res agatur“ die Formel einleitende Adjectionen, ſ. §. 55, und welche praescriptiones pro reo von den Exceptionen formell darin unterſchieden waren, daß ſie der intentio voran, nicht wie dieſe, nachgeſtellt wurden. Uebrigens ſcheint die Faſſung ganz dieſelbe geweſen zu ſeyn, denn die Wendung, wie in dem von Gajus angeführten Beyſpiele: „quod praejudicium hereditati non fiat,“ iſt auch den wirklichen Exceptionen nicht fremd (§. 93), und iſt den Präſcriptionen dieſer Art geblieben, nachdem ſie, wie bereits zu Gajus Zeit mit allen pro reo zuläſſigen praescriptiones der Fall war, nur noch als wirkliche Exceptionen concipirt worden ſind[1]). Ferner hat wohl Cicero nur uneigentlicher Weiſe die Clauſel: „extra quam si in reum capitis praejudicium fiat“ eine exceptio genannt[2]), da es offenbar gleichfalls eine praescriptio war, und doch wohl nicht ſchon zu Ciceros Zeit die Präſcriptionen als Exceptionen concipirt worden ſind[3]). Ehe wir aber auf die bis jezt noch nirgends beantwortete Frage eingehen, wie in Begriff und Wirkung die praescriptiones und nachher daraus entſtandenen exceptiones von den eigentlichen exceptiones verſchieden waren? müſſen wir das Weſen jener Präjudicien betrachten, von welchen wir nun gewiß wiſſen, daß ſie als praescriptiones Schuz gegeben haben. Praejudicium heißt in der röm. Gerichtsſprache nicht grade die Entſcheidung, welche der

---

öfters, in opuscc. p. 810—867, u. cur. *Hahn.* Helmst. 1662, 4. *Fr. C. de Savigny* de concursu delictor. formali, Marb. 1800. 8. §. 13—15. Hollweg Verſuche, S. 123—127. Mühlenbr. Proz. S. 27—29.

1) S. überhaupt Gaj. IV, 133 vgl. mit L. 1 §. 1 D. fam. erc. (10, 2). L. 13 de exc. (44, 1). L. 25 §. 17 de her. pet. (5, 3). L. 16, 18 D. de exc. L. 12 pr. C. de pet. her. (3, 31).

2) Cic. de inv. II, 20.

3) Doch glauben das *Heffter*, p. 110, Schilling Bemerkungen üb. R. Rg., S. 269, Not. 737) — aber wie lange vor Cicero hat es überhaupt auch nur exceptiones gegeben?

Natur der Sache nach einer anderen vorangehen muß [4]), präjudiciell ist in d. S., sondern welche in einer künftigen Entscheidung als Norm befolgt werden könnte oder müßte [5]) — entweder, 1. weil sich die röm. Richter in ähnlichen Fällen lieber nach frühern Vorgängen (nach einer Autorität) richten, oder 2. um so mehr dann, wenn zwey Sachen von derselben factischen Entscheidung abhängen, d. h. wenn in Folge eines und desselben Factums zwey verschiedene Prozesse entstehen [6]), oder 3. wenn dieselbe Sache zum zweyten Male entschieden, oder auf der res judicata fortgebaut werden soll [7]). Praejudicium facere heißt auch noch 4. eine bereits der Vergangenheit angehörige Frage durch die Entscheidung einer andern Sache in ein ungünstiges Licht stellen, was bisweilen unzulässig ist. Von Schuz gegen Präjudicien der ersten und dritten Art konnte nicht die Rede seyn, jene waren sogar erwünscht. Aber in Fällen der zweyten Art mußte man es freylich vorziehen, daß die wichtigere der minder wichtigen Sache präjudicire (eine vorgefaßte Meinung begründe), als daß das Umgekehrte eintrete, und so hat sich im Allgemeinen durch die Juristen und die Praxis der Grundsaz ausgebildet [8]), durch die minor causa solle

4) Zum Theil auf diese natürliche Ordnung beziehen sich die Titt. C. de ordine judicior. (3, 8), de ordine cognitionum (7, 19). *Savigny*, p 73—76.

5) (Ascon.) in Cic. Divin. c. 4. Quinct. I. O. V. 2.

6) L. 21 D. de exc.

7) Diese drey Arten unterscheidet Quinctilian, u. alle Bedeutungen, in welchen die Ausdrücke praejudicium und praejudicare vorkommen, vereinigen sich in dem Einen Grundbegriffe einer, wie auch wir es nennen, präjudicirlichen Sache. S. auch Aur. Victor ars rhet. VI, 8. Die, welcher präjudicirt wird, ist also die nachfolgende, nicht, wie Råvard geglaubt hat, die vorangehende. Auch daß die praejudicialis actio (§. 69) unter jenen Begriff fällt, bedarf keiner Erläuterung. S. überh. *Savigny*, p. 56 sqq.

8) Denn daß er nicht gesezlich begründet war, beweist die dem Magistrat überlassene arbitraire Abweichung, vgl. Cic. de inv. II, 20. in Verr. III, 65. L. 7 §. 1 D. de inj. (47, 10). L. 4

Digitized by Google

nicht der major präjudicirt werden[9]). Major war aber 1. die einer besondern Jurisdiction untergebene Sache, wie die fiscalischen[10]), oder Centumviral-[11]) und Criminalsachen, im Verhältniß zu den gewöhnlichen Privatklagen[12]), aber auch die causa existimationis neben einer blos pecuniären Sache[13]). 2. Die Sache, welche sich zu einer andern so verhält, daß mit jener zwar auch diese, nicht aber mit dieser auch jene als die umfassendere beurtheilt wird. Darum soll der hereditas nicht präjudicirt werden, dadurch z. B. daß Jemand als heres erst eine einzelne Sache vindiciren wollte, oder wenn Jemand auf den Grund eines Testaments eine einzelne Sache oder die im Testament erhaltene Freyheit[14]) fodern wollte, während die Gültigkeit des Testaments selbst zur Frage kommen soll, oder die a. fam. ercisc. anstellen, wenn der beklagte Besitzer leugnet, daß er coheres sey u. s. w.[15]). So soll ferner der causa status, namentlich der Freyheit und Ingenuität, nicht präjudicirt werden, z. B. so lange das liberale judicium schwebt, kein inzwischen

---

de publ. jud. (48, 1). Vgl. noch L. 2 §. 1 vi bon. rapt. (47, 8). *Savigny*, p. 89.

9) L. 54 D. de jud. (5, 1).

10) Julian L. 35 D. de jure fisc. (49, 14): — ne publicae causae praejudicetur, idque Sctis expressum est.

11) L. 12 init. C. de pet. her. (3, 31): magnitudo et auctoritas Centumviralis judicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

12) S. Not. 8) u. L. 23 §. 9 D. ad leg. Aq. (9, 2). L. 3 §. 6 de tab. exh. (43, 5).

13) L. 104 de R. J.

14) Wenn sich der Streit über Freyheit u. Erbschaft nicht berühren, darf jener nicht aufgehalten werden, dummodo, rescribirt Pius, praedicatur judici liberalis causae, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat, L. 7 §. 2 D. de her. pet. (5, 3).

15) L. 5 §. 2, L. 7 pr. §. 1, L. 25 §. 17 D. de her. pet. L. 32 §. 10 de recept. (4, 8). L. 1 §. 1 fam. erc. (10, 2). L. 13 de exc. L. 12 C. de pet. her.

Digitized by Google

mit dem, deſſen Status ſtreitig iſt, anhängiger oder durch die Freyheit bedingter Prozeß beendigt werden[16]). Ebenſo ſteht die praescriptio (exceptio) quod praejudicium praedio non fiat der Vindication einer Realſervitut entgegen, wenn der Kläger das herrſchende Grundſtück ſelbſt vindiciren will[17]), oder die: quod praejudicium fundo partive ejus non fiat, wenn, wer den Acker vindiciren will, vorher a. communi dividundo oder Condiction auf die Früchte anſtellt[18]). Mit der umfaſſenderen Sache wird freylich auch die incidens quaestio, aber nur als ſolche, nur in dieſem Prozeß entſchieden[19]). Jene praescriptio aber iſt jedenfalls das Mittel, durch welches, in der Regel auf Verlangen des Beklagten (denn aus Gründen des öffentlichen Rechts könnte es unverlangt geſchehen), der judex in der causa minor angewieſen wird, das Judicium zu verſchieben, obwohl der Magiſtrat nach Umſtänden auch auf das Begehren nicht einzugehen, ſowie umgekehrt auch einmal die actio ſelbſt (vorläufig) zurückzuweiſen veranlaßt ſeyn könnte[20]), welches leztere aber das ſeltnere war[21]). War die causa major bereits anhängig, ſo fällt die praescriptio weg, und es bleibt dem Judex von ſelbſt überlaſſen, den Ausgang der erſten

---

16) L. 3 §. 8, 11 D. de Carb. ed. (37, 10). L. 2 C. de ord. jud. (3, 8). S. ob. §. 66.

17) L. 16 D. de exc.

18) L. 18 eod. 19) L. 1 C. de ord. jud.

20) So erwähnt Cicero (Verr. III, 65), daß L. Metellus die a. quod metus causa gegen Verres gradezu verſagt hat, damit nicht durch Recuperatoren der accusatio gegen Verres präjudicirt werde. So meint auch einmal Ulpian in einem zugleich Civil- u. Criminalklage begründenden Falle: rectius fecerit (Praetor), si hujusmodi (jene) actionem non dederit, L. 7 §. 1 D. de injur. u. dazu *Savign.* p. 80 sqq. — S. überh. ob. Note 8).

21) *Moderatius* edicto Praetoris de injuriis (bey Colliſion mit l. Julia de vi) utendum esse, Labeo ait, berichtet Paulus in L. 4 §. 1 ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), d. h. er ſoll lieber durch Präſcriptionen helfen als abweiſen, *Cujac.* Obss. XXIV, 16.

Digitized by Google

abzuwarten [22]). Ueberhaupt aber war die Anwendung des Präjudicialprincips in concreto oft vielen Bedenklichkeiten unterworfen, besonders bey der hereditatis petitio, wo sie (denn die Sache selbst ist auch ohne den Formularprozeß geblieben) Justinian durch eine besondere Verordnung theils aufgehoben, theils hinsichtlich der im Testament ertheilten libertates regulirt hat [23]). Ebenso war man die auf Schadenersaz gerichtete, also nicht vorzugsweise das Delict selbst rügende civilis actio immer geneigter, auch vor der criminalis zur Entscheidung kommen zu lassen [24]), bis Gratian den Grundsaz selbst, daß grade die Criminalsache zuerst zu erörtern sey, fast ganz aufgehoben hat [25]). Uebrigens betrifft das Alles blos die Ordnung; denn daß übrigens aus demselben Factum sowohl Civil- als Criminalklage angestellt werden [26]), und neben der Privatstrafe auch noch eine öffentliche eintreten konnte, das ist zu allen Zeiten Regel gewesen [27]).

---

22) L. 13 D. de exc. vgl. mit L. 24 §. 3, 4 de lib. caus. (40, 12), L. 32 §. 10 de rec. (4, 8). *Sav.* p. 78.

23) L. 12 C. de pet. hered.

24) S. ob. Not. 8), L. 15 D. de accus. (48, 2). — L. 27 de act. rer. am. (25, 2). L. 23 de fid. lib. (40, 5) und den Anf. der Stelle in Not. 25), auch *Huschke* in Anal. p. 189.

25) L. un. C. Th. victum civiliter agere et criminaliter posse (9, 20). L. un. C. quando civilis actio criminali praejudicet (9, 31).

26) S. noch L. 3 C. de lege Aq. (3, 35).

27) S. noch L. ult. D. de furt. (47, 2), L 13 ad leg. Jul. pec. (48, 13). Eine bey den Injurien entstandene u. nicht gebliebene Ausnahme enthält L. 6 D. de inj., *Sav.* p. 94 sqq, u. eine andere lag in der Concurrenz des judic. de moribus mit der öffentlichen Anklage, L. un. C. Th. cit. S. überhaupt *Sav.* p. 91—109. Die Concurrenz der Privatpönalklagen unter sich, worüber die Röm. Juristen allerdings verschiedener Meinung waren, gehört nicht hierher, weil dabey das Präjudicialprinzip nicht obwaltet. Auch wenn durch Eine Handlung mehrere öffentliche Verbrechen begangen worden sind, wurde jedes für sich verfolgt,

Digitized by Google

§. 97.

Fortsetzung. Bedeutung der Präscriptionen.

Fragen wir nun nach dem materiellen Unterschiede der bisher beschriebenen praescriptio von der exceptio, so liegt er darin, daß diese, auch die dilatoria, das einmal angeordnete Judicium keineswegs aufschiebt, sondern wirklich und für immer Absolution bewirkt, jene dagegen nichts weniger als Absolution, sondern grade nur Aufschub nicht der actio, sondern des Judiciums bewirkt. Sie könnte mit größerem Rechte dilatoria genannt werden, wenn es überhaupt eine exceptio wäre. Denn auch als exceptio concipirt, läßt sie sich weder mit der peremtoria noch dilatoria vergleichen, da sie ja die Condemnation gar nicht verhindern soll. — Eben so verhält es sich offenbar mit den *praescriptiones* fori, wie sie immer heißen [1]), nie dilatoriae exceptiones, s. §. 95 a. E. Denn findet der Richter die Competenz des Magistrats, welcher das Judicium angeordnet, unbegründet, so hat er offenbar auch selbst weder condemnandi noch absolvendi potestas, die actio konnte dadurch nicht zerstört werden. Inwiefern es noch andere solche Präscriptionen gegeben, steht dahin. Es sind also Einwendungen mit nicht zerstörender, sondern mit blos aufschiebender, oder doch die Klage nur, wie wir sagen würden, angebrachter Maßen zurückweisender Wirkung, und kommen mit den Präscriptionen pro actore (§. 55) insofern überein, als auch diese in ihrer Art das völlige Consumiren vorläufig hindern. Daß mit denselben die formula eröffnet worden, ist auch ganz characteristisch, indem die Frage, ob das Ju-

---

was hier gleichfalls nicht zu besprechen ist. S. Thibaut civ. Abbh. nr. 9. Keller, S. 479 fgg. Roßhirt Entwicklung der Grdsätze des Strafrechts, Heidelb. 1828, S. 114—138.

1) L. 7 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8). L. 50 f. L. 52 §. 3 D. de jud. (5, 1). L. 65 init. C. Th. de app. (11, 30) od. L. 13 C. de exc. (8, 36).

Digitized by Google

dicium aufgeſchoben, oder nicht einmal veranſtaltet werden ſoll, allerdings zuvörderſt zu erörtern war[2]), und alſo auch darin wieder eine Abweichung von den Exceptionen liegt, die erſt Begründung der Klage vorausſetzen[3]). Allerdings hat man die Präſcriptionen oft, wie ja ſchon Cicero (§. 96), Exceptionen genannt, zumal, ſeitdem ſie ſo concipirt worden ſind, und dann auch hin und wieder die Exceptionen: Präſcriptionen[4]). Aber daraus, daß die aus dem Zeitablauf hergenommenen Einreden (grade wie die des incompetenten Forums) faſt immer praescriptiones, nämlich temporis, annales u. ſ. w. und ſo ſelten exceptiones heißen[5]), ſcheint faſt gefolgert werden zu müſſen, es ſeyen auch dieſe wirkliche Präſcriptionen geweſen. Allein ſie hatten auf jeden Fall exceptiviſche, d. h. zerſtörende Wirkung, mochten aber anfangs ebenfalls formulae präſcribirt, und ſofern ſie nur das Klagrecht als erloſchen darſtellen ſollten, vor dem Grunde der Klage von dem Richter in Erwägung gezogen worden ſeyn[6]). Die ſpät eingeführte dreyßig- und mehr-

2) Quinct. I. O. VII, 5 nr. 2, 3: „cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse.“ Aur. Vict. ars rh. IV, 1 ſagt in Bezug auf praescriptio: „potius enim est, si litis conditio patitur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conluctari.“ L. 5 C. de pignorib. (8, 14): — si — *non causa cognita sed praescriptione* superatum esse constiterit.

3) L. 9 C. de exc. u. für die dilatoriae insbeſondere: §. 95, Not. 13).

4) So rei judicatae, doli, in factum praescriptio, praescr. peremtoria (L. 8 C. de exc.), dilatoria pr. (L. 12 C. eod.), u. ſ. w. Vgl. *Brisson.* v. praescribere.

5) L. 5 D. si ingenuus (40, 14). L. 76 §. 1 D. de C. E. (18, 1). Rubr., L. 3, 9 D. de div. temporalib. praescr. (44, 3). L. 45 de usuc. (41, 3). Titt. C. de praescr. longi temp., de pr. 30 l. ann. u. ſ. w. Aber auch exceptio, ſ. Unterholzner Verjährungslehre, Bd. 1, S. 10, Not. 9) a. E.

6) Sofern ſie freylich eine Erſitzung geltend machen wollen, wie die longi temporis praescriptio, wird allerdings erſt die klägeriſche intentio geprüft, L. 9 C. de pr. l. temp. (7, 33).

Digitized by Google

jährige Verjährung hat ja auch grade den Zweck, die Untersuchung über den Grund so alter actiones abzuschneiden. Ebenso wurden Appellationen, und andere von Fristen abhängige Anträge durch praescriptio elidirt, wenn die Frist versäumt war[7]). Per formulam wurde dabey gar nicht prozessirt, und der Ausdruck fori praescriptio kömmt bey der extraordinaria actio gleichfalls vor[8]). Allein immerhin war die Prüfung der Competenz, und jener von uns s. g. Formalien für das Eingehen in die Sache selbst präjudiciell. Und so hätte es denn noch eine zweyte Classe von Präscriptionen gegeben, als solcher Einwendungen, welche zwar zerstörende Wirkung haben, aber mit den Präscriptionen der ersten Art darin übereinkommen, daß sie gleichfalls vor der Sache selbst in Erwägung gezogen werden müssen. Dieser zweyte Begriff von Präscriptionen leidet um so weniger einen Zweifel, als es auch sogar eine praescriptio ne praejudicium fiat mit solcher zerstörenden Kraft gegeben hat. Es sollte nämlich schon älteren kaiserlichen Verfügungen zu Folge eine gerichtliche Erörterung gar nicht Statt finden dürfen, durch welche der Status des seit fünf Jahren Verstorbenen in ein ungünstiges Licht gestellt werden könnte[9]), und daß kein praejudicium i. d. S. (§. 96. n. 4.) erfolge, das wurde gleichfalls durch praescriptio bewirkt[10]). Mit den von uns s. g. Prozeß hindernden Einreden können die Präscriptionen nur da verglichen werden, wo sie es gar nicht einmal zu einer weitern Verhandlung kommen lassen, was aber auch bey den schon in jure liquid gewordenen Exceptionen der Fall war. Allerdings aber hat man für diejenigen Einwen-

---

7) L. 3 pr. §. 1, L. 19 D. de app. (49, 1). L. 63 §. ult. de evict. (21, 2). Vat. fr. §. 156, 161, 165.

8) L. 50, L. 52 §. 3 de jud. Hefftter (p. 113) legt darauf Gewicht, indem er glaubt, daß wo keine Formeln concipirt worden, der Ausdruck praescribere vorzugsweise vorkomme.

9) Bd. 1, §. 118.

10) L. 1 §. 2, 3, 4, L. 4 f. D. ne de statu defunctor. (40, 5).

dungen, welche den Prozeß im Entstehen untergraben können, gerne den Ausdruck praescribere gebraucht[11], welcher je später, je weniger streng von excipere unterschieden worden ist[12]. Allein darum ist der Sache nach das Unterscheidende der wahren Präscriptionen und wahren Exceptionen nichts weniger als weggefallen.

§. 98.

Wann sind die Einreden vorzubringen?

Der Formel konnten freylich nur die in jure allegirten Exceptionen adjicirt werden. Aber von dieser Nothwendigkeit ausgenommen waren 1. bei bonae fidei judiciis die officio judicis zu berücksichtigenden Einwendungen, welche gar nicht in die Formel kommen durften[1]. 2. Dieselben Einreden auch bey der hereditatis petitio, wo sie wenigstens (nach der einen Partey) nicht in die Formel kommen mußten (§. 64 a. E.). 3. Nach der Litiscontestation erst entstandene Exceptionsgründe können allerdings nur noch in judi-

11) L. 12 pr. D. de inoff. testam. (5, 2). L 34 §. 3, L. 77 §. 30 D. de leg. 2 (31). Die L. 12 cit. ist, so wie L. 20 de app., aus Modestins lib. sing. de praescription. entnommen.

12) *Heffter*, p. 114.

1) S. §. 63. Gewöhnlich stellt man die Regel umgekehrt: nur bey stricti juris actt. müssen die Exceptionen beym Magistrate allegirt werden, z. B. Goldschmidt über Litiscont. und Einr., S. 18 fg., S. 23 fg., obwohl man freylich blos den Gegensaz der b. f. a. im Auge hat. Allein die Allgemeingültigkeit der Regel folgt daraus, daß die Exceptionen überhaupt der Formel adjicirt wurden, Gaj. IV, 118, daß das auch bey den actt. in rem, ad exhibendum u. den prätorischen Klagen der Fall war, Gaj. IV, 117 u. f. w., daß Gajus ganz im Allgemeinen von Restitution der bey der Litiscontestation versäumten Exceptionen spricht, Gaj. IV, 125, daß das Gegentheil als eine Eigenthümlichkeit der bon. fid. actiones dargestellt wird u. selbst bey der hered. petitio bestritten war, s. §. 64 a. E., so wie auch nur unter jener Voraussetzung von causa cognita ertheilten Exceptionen, Gaj. IV, 118, die Rede seyn konnte.

Digitized by Google

cio geltend gemacht werden [2]). Ferner konnte 4. nach ausdrücklicher Bestimmung des prätorischen Edicts recuperandae exceptionis (nämlich der in jure nicht geltend gemachten) gratia in integrum restituirt werden [3]). 5. Gab es gewisse Einreden, welche ohne Rücksicht auf die Art des Prozesses noch in judicio, indem sie selbst noch später, nämlich gegen die judicati a. geltend gemacht werden konnten. Diese s. g. privilegirten Einreden [4]) sind die exc. Scti Vellej. und, wenn sie der Sohn geltend macht, Macedoniani [5]) (denn Frauen und Haussöhne können nicht entsagen), ferner die der Compensation [6]), insofern man durch die Gegenfoderung zahlt, alsdann, weil es ein Privilegium ist, das Verlangen nur in id, quod facere possumus (§. 141), oder nur insofern, als der Gegner actio mandirt hat, condemnirt zu werden [7]), weil hierdurch, wie bey der Compensation, nicht wieder die Sache selbst, sondern nur andere die Condemnation als solche betreffende Umstände zur Sprache gebracht werden. Nach der Sentenz entstandene Ereignisse können freylich ebenfalls zur Exception gegen judicati actio berechtigen (§. 138). Durch Restitution wird aber alsdann nur noch den minores geholfen [8]), sowie den Soldaten von Caracalla gestattet worden ist, sich auch noch gegen die judicati a. aller aus Unkunde versäumten Defensionen zu bedienen [9]). — Daß insbesondere die dilatorischen Einreden in

2) L. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6).

3) L. 2 C. sent. resc. non poss. (7, 50). Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat. Gaj. IV, 125. L. 4 C. de exc. (8, 36).

4) Gesterding Ausbeute, Th. 2, S. 210 fgg.

5) L. 11 D. de Scto Mac. (14, 6).

6) L. 16 §. 1 D. de comp. (16, 2). L. 2 C. de comp. (4. 31). Arg. L. ult. pr. f. eod.

7) L. 41 §. 1 de fidej. (46, 1).

8) L. 36 D. de minor. (4, 4). L. 2 C. sent. resc. (7, 50).

9) L. 1 C. de jur. et facti ign. (1, 18).

Digitized by Google

jure allegirt wurden, war ihrer Natur ſo gemäß (§. 95), daß hier Reſtitution überhaupt bedenklich geweſen[10]), und daß ſchon ſogleich nach untergegangenem judiciorum ordo die zwar immer anerkannte Regel, daß die Exceptionen ſogleich zu Anfang opponirt werden ſollten, grade bey den peremtoriſchen nicht von Belang war[11]), indem dieſelben zunächſt durch (ſ. g. brevi manu ertheilte) Reſtitution auch noch vor dem Urtheil zugelaſſen worden ſind[12]), und am Ende auch die Reſtitution überflüſſig ſchien[13]). Hingegen daß die dilatoria exc. im Anfang opponirt, freylich nicht zugleich bewieſen werden müſſe, hat noch Diocletian ausdrücklich anerkannt[14]), ſowie Julian den Advocaten mit einer Geldſtrafe bedroht, welcher nach bereits eingeleitetem Prozeſſe auf einer nun erſt vorgebrachten dilatoriſchen Exception beharrt[15]). Auch die (wahren) Präſcriptionen der einen oder andern Art mußten freylich beym Anfange des Prozeſſes vorgeſchüzt werden[16]), was z. B. für die fori praescriptio ſowohl bey der (extra ordinem verhandelten) fideicommissi a. in den Digeſten ausgeſprochen wird[17]), als noch insbeſondere von Conſtantin[18]), und aufs Neue

---

10) Gaj. IV, 125 — — dilatoria vero, si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur.

11) Goldſchmidt, S. 23—25.

12) L. 8 C. de exc. Praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur objicere quandoque licet, (Diocletian), vgl. mit L. 2 C. in Not. 3).

13) Die Stelle bey Gaj. IV, 125 iſt in Juſtinians Inſtitutionen weggeblieben. Daher braucht auch in L. 10 C. de fidej. (8, 41) nicht ſtatt ante condemnationem geleſen zu werden a. contestationem, wie *Noodt* Probab. II, 1 vorgeſchlagen, da vielmehr ſchon die Compilatoren jenen Ausdruck ſubſtituirt haben konnten, *Noodt* de jurisd. I, 15.

14) L. 19 C. de prob. S. §. 95, Not. 13).

15) L. 12 C. de exc. 16) S. §. 97.

17) L. 52 pr. vgl. mit L. 50 D. de jud.

18) L. 4 C. de jurisd. omn. jud. (3, 13).

von Theodos II. [19]) verordnet, und von Justinian auch ausdrücklich als geltendes Recht anerkannt worden ist [20]).

§. 99.

Compensatio und deductio *).

Der aequitas [1]) ist es vorzugsweise gemäß, daß eine Foderung durch eine auf Gleichartiges, also ebenfalls auf fungible Gegenstände, namentlich auf Geld gerichtete und fällige [2]) Gegenfoderung (mutua petitio [3])) bis auf ihren Betrag als aufgehoben gelte. Diese Compensation, als eine freylich nur fingirte, nur dem Effecte nach eintretende Tilgung [4]), machte sich bey den Römern in verschiedenen Formen geltend. Bey den b. f. judiciis gehört es zum Wesen derselben, daß jede mit der Klage auf demselben Grunde beruhende Gegenfoderung officio judicis berücksichtigt werden mußte [5]), und wo es die aequitas foderte, gewiß auch nach und nach eine nicht connexe Foderung. Darüber nämlich entschied das Arbitrium des Richters, und es kam also darauf an, inwiefern die Hauptklage dadurch unbilliger Weise aufgehalten werde, oder nicht [6]), da es auf der andern Seite grade iniquum wäre, eine ganz fremdartige, und zu großen Weitläufigkeiten führende Gegenfoderung gegen eine an sich liquide Foderung in denselben Prozeß hereinzu-

---

19) L. 65 init. C. Th. de app. (11, 30) od. L. 13 C. de exc.

20) Nov. 53, c. 3.

*) D. de compensationib. (16, 2). C. de comp. (4, 31).

1) L. 36 D. de adm. tut. (26, 7) — aequitas, quae merum jus compensationis inducit. — L. 3, 18 pr. D. L. 5, 6 C. ht. L. 173 f. de R. J.

2) L. 7 pr. D. ht. 3) L. 6, 8 C. ht.

4) Hasse im Archiv f. civ. Prax. Bd. 7, H. 2, S. 159 fgg. Bethmann-Hollweg im Rh. Mus. f. Jurispr. Bd. 1, H. 4, S. 264 fgg.

5) Gaj. IV, 61. S. ob. §. 63.

6) L. 3 D. de tutelae act. (27, 3). Hollw. S. 259.

Digitized by Google

ziehen. Ferner[7]) wurde die der Klage des bonorum emtor opponirte[8]) Gegenfoderung, alſo im Concursprozeſſe, in der Art berückſichtigt, daß nun der Richter durch die Formel, aber durch den condemnatoriſchen Theil derſelben, ſo daß pluris petitio nicht nachtheilig werden konnte, angewieſen wurde, einen Abzug zu machen, was man deductio nannte[9]). Sie unterſcheidet ſich von der compensatio, daß dort auch eine nicht fällige, und auf Objecte von verſchiedener Qualität, die natürlich zu Geld angeſchlagen wurden, gerichtete Gegenfoderung in Abzug gebracht wird[10]). Mit der bonorum emtio ſelbſt iſt das unpractiſch geworden[11]). Noch weiter ging man beym Argentarius. Wer als ſolcher klagt, ſollte ſogleich ſo zu ſagen den Conto corrente zu Grunde legen, und nur den Saldo, nämlich ſchon in der intentio blos den Ueberſchuß einklagen, si paret Titium sibi X mil. dare oportere amplius, quam ipse Titio debet. Pluris petitio würde, wie bey jeder certi actio, ein causa cadere zur Folge haben, nur muß die Gegenfoderung gleichartig und nicht betagt ſeyn[12]). Bey den übrigen stricti juris actiones iſt die Compenſation in Form einer doli exc. hin und wieder zugelaſſen[13]), und insbeſondere in Folge eines Marciſchen Reſcripts iſt das als ein allgemeiner Rechtsſaz anerkannt worden[14]). Eben aber, weil der Richter nicht ſpeciell, ſondern nur inſofern, als er einen dolus darin erkennen muß, daß Jemand petit, quod redditurus est, die Gegenfoderung zu berückſichtigen angewieſen wird[15]), bleibt ſeinem Ermeſſen nothwendig dieſelbe Freyheit, wie bey den

7) Haſſe, S. 176 fgg. Hollw. S. 279 fgg.

8) Deductio *objicitur* bonor. emtori, Gaj. IV, 66.

9) Gaj. IV, 65, 68. 10) Gaj. IV, 67.

11) Bey Paul. II, 5 §. 3 findet ſich freylich noch das deducere neben compensare.

12) Gaj. IV, 64, 66, 68.

13) L. 4, 5, 15 D. ht. Haſſe, S. 170 fgg.

14) §. 30 I. de actt.

15) L. 8 pr. de doli exc. L. 173 f. de R. J. S. Not. 1).

Digitized by Google

b. f. judiciis. Da bey strictis judiciis absolvirt wird, wer nicht auf die ganze eingeklagte Summe condemnirt werden kann, so vermag hier die Compensation nicht, wie bey den b. f. judiciis, Klagminderung zu bewirken, und der Kläger wird bey opponirter Exception seine Klage sogleich, bevor lis contestirt ist, grade wie der Argentarius, auf den Rest beschränken müssen, um nicht ebenso, als wenn er plus petirt hätte, seiner Foderung auf immer verlustig zu werden [16]). Uebrigens steht einer schon vorher eingeklagten Foderung die exc. (replica) rei in judicium deductae nicht entgegen, wenn man sie nachher lieber compensirend geltend macht [17]). Berechnet wird die Wirksamkeit der Compensation rückwärts von dem Augenblick an, da sich beyde Foderungen gegenüber standen, also nicht erst von der Geltendmachung, oder von einer vorangegangenen Abrechnung an, ipso jure in diesem Sinn, d. h. ohne Mitwirkung der Partey oder der Behörde. In einem Severischen Rescript [18]) ist das entschieden ausgesprochen [19]). Sobald einmal auch bey strictis actionibus und in dispari causa [20]) compensirt wurde, so war es auch bey den übrigen Klagen um so unbedenklicher, die Compensation theils officio judicis, wenn sie auf bonum et aequum concipirt waren, wie auch viele prätorische, theils auch durch doli exc. zuzulassen. Schwer ist nur zu bestimmen, bey welchen Klagen nicht compensirt werden durfte. Man könnte schlechtweg sagen, bey depositi

---

16) Hollw. S. 276 fgg.

17) L. 8 D. ht. Hasse, S. 169. 18) L. 4 C. ht.

19) Postquam placuit inter omnes, sagt darüber Paulus, L. 21 D. ht. — L. 4 eod. Hasse, S. 154 fgg. Hollw. S. 268 fgg.

20) Bey Gaj. IV, 61 ist von eadem causa bey b. f. jud. die Rede, was auch noch in §. 39 I. de actt. übergegangen, obgleich schon Paulus (II, 5 §. 3) sagt, daß auch ex causa dispari compensirt werden könne, u. in §. 30 I. eod., L. ult. C. ht. jenes Requisit auch nicht hervorgehoben wird.

Digitized by

actio[21]) und bey den in rem actiones[22]). Da aber auch bey dieſen Klagen auf Geld condemnirt wurde, ſo ſieht man nicht ein warum? Vielmehr ſcheint überhaupt bey den arbitrariae actiones, zu welchen mittelſt in factum formula die depositi a., ſo wie ferner alle in rem actiones gehören, die Compenſation inſofern unzuläſſig geweſen zu ſeyn, als der Reſtitutionsbefehl erfüllt, mithin die Sache ſelbſt herausgegeben werden ſollte. Das unbeſchränkte Verbot der Compenſation gegen depositi a. rührt daher auch erſt von Juſtinian her[23]), welcher dagegen übrigens die Compenſation bey allen Klagen, auch bey den dinglichen, für zuläſſig erklärt hat[24]). Zugleich beſtätigt er die ältern Grundſätze über Liquidität, denn es iſt nur beyſpielsweiſe, daß er eine erſt noch ganz am Ende vorgebrachte Einrede der Compenſation für unzuläſſig erklärt[25]). Wenn er aber ferner wie etwas Neues vorſchreibt, es ſolle die Compenſation überall ipso jure eintreten, ſo hat er wohl damit nur ſoviel ſagen wollen, es ſolle jezt (bey den veränderten Grundſätzen über pluris petitio, ſ. §. 178) auch bey den strictis judiciis bloße Minderung eintreten dürfen, es alſo in der Hinſicht ebenſo wie bey den b. f. judiciis gehalten werden[26]).

§. 100.
Wiederklage*).

Wenn den Kläger bey noch ſchwebendem Prozeſſe, etwa

---

21) Wegen Paul. II, 12 §. ult.

22) Arg. L. ult. C. ht. §. 30 I. cit. Haſſe, S. 181.

23) L. 11 C. depos. (4, 34). L. ult. C. cit.

24) L. ult. C. cit. §. 30 I. cit.

25) Haſſe, S. 184 fgg. 26) Hollweg S. 271 fgg.

*) *Rom. Teller* de reconventione veteri et hodierna, Lips. 1759, 4. Goldſchmidt Abhh. aus dem Civilproz., Frankf. 1818, S. 20—23. Mühlenbruch Ceſſion, 2te A., S. 581 fgg. Heffter im Archiv f. civ. Prax. Bd. 10, H. 2, S. 209 fgg. Lauk daſ. Bd. 12, H. 1, S. 65—69.

Digitized by Google

auch noch nach der Litiscontestation[1]), und bey demselben Magistrate der Beklagte belangt (invicem petere[2])), so ist das wiederum einer der Fälle, in welchen die Sache an denselben Judex gewiesen werden kann[3]). Den Magistrat mußten wohl eben die Rücksichten leiten, wie bey Zulassung der Compensation. Soweit die mutua petitio nicht den Betrag der Foderung überstieg[4]), konnte die Sache in Compensationsform beendigt werden. Sollte jedoch der Magistrat nicht der competente des Beklagten gewesen seyn, so wird er keineswegs durch die Gegenklage competent[5]). Wenn aber die beyderseitigen Klagen an denselben Judex verwiesen worden sind, so sollte dieser auch über beyde Sachen zugleich erkennen, obwohl auf jeden Fall, berichtet Macer, kaiserlichen Rescripten zufolge, dem Judicat über die eine Sache bis zum zweyten Urtheil keine Folge gegeben werden soll[6]). Was Papinians von Justinian zu kurz referirte Meinung gewesen: der Richter dürfe auch den Kläger condemniren[7]), ist nicht recht klar. Denn es ist von connexen

1) Arg. L. 18 pr. D. de comp.

2) Reconventio ist nicht römisch; denn L. 5 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) ist restituirt von *Cujac.* Obss. XII, 21.

3) L. 38 D. mand. (17, 1). S. §. 11.

4) L. 18 §. 4 de comp. — sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat —.

5) Das Gegentheil, was Viele, z. B. *Cujac.* Obss. XII, 1, XXII, 2, annehmen, ergibt sich weder aus L. 22 D. de jud. (5, 1), die auf den Verlust des jus revocandi domum geht, noch aus L. 1 §. 15 D. de extr. cogn. (50, 13), da der Präses nicht incompetent ist, sondern nur die Form des Judiciums geändert wird, noch aus L. 11 §. 1 de jurisd. (2, 1), wonach die für eine geringere Summe competente Behörde nicht durch eine ihre Competenz überschreitende Gegenklage beseitigt werden kann. S. überh. *Teller*, p. 9—18. Glück Comm. Bd. 3, S. 223 fgg.

6) L. 1 §. ult. D. quae sent. sine app. (49, 8). Indessen wird diese Stelle von Anderen anders gedeutet, *Teller*, p. 21 sq. *Donell.* ad L. 6 C. de comp. S. auch Hasse im Archiv, Bd. 7, S. 169, Not. 22).

7) L. 14 C. de sent. (7, 45).

Gegenfoderungen die Rede[8]), und daß dieſe, bey der auch für den Kläger competenten Behörde klagweiſe geltend gemacht, zur Verurtheilung des Klägers führen konnten, darüber waren die Meinungen gewiß nicht getheilt[9]). Papinians Gedanke ſcheint aber der geweſen zu ſeyn, daß der nur zum Abſolviren des Beklagten, aber nicht zum Condemniren des Klägers inſtruirte Judex, weil nämlich die Gegenfoderung nur compenſationsweiſe geltend gemacht worden, dennoch, wenigſtens bey b. f. judiciis, den Kläger condemniren dürfe, wenn ſich im Verlaufe der Verhandlung zeige, daß der Betrag der demſelben wirklich zuſtehenden Foderung geringer ſey, als der der Gegenfoderung. Das Singuläre läge hier alſo nur in der Form. Juſtinian erweitert dieſe Meinung dahin, daß es gar nicht darauf ankomme, ob der Richter für den Kläger competent ſey[10]). Und in der That, da die Zuläſſigkeit der Compenſation an der Incompetenz für die Gegenfoderung keine Schwierigkeit fand, warum ſollte nicht vollends auch die ganze, nämlich compenſable Gegenfoderung in einem und demſelben Judicium zur Erledigung kommen? Weiter aber geht Juſtinians Verordnung nicht, indeſſen hatte ſchon Zeno in einer ver-

8) Wie aus den Worten in eodem negotio am Schluſſe hervorgeht, Glück a. a. O. S. 234 fgg. Hefftter, S. 212.

9) Gajus ſezt in L. 18 §. 4 D. commod. voraus, daß die contraria actio erſt nach beendigtem directum judicium erhoben worden, denn er ſpricht auch davon, daß judex pensationis rationem non habeat. Er leugnet ferner nur, daß eine den Betrag der Foderung überſteigende Gegenfoderung inſoweit „jure *pensationis*“ geltend gemacht werden könne, nicht aber, daß ſie nicht klagweiſe vor denſelben Judex zu bringen geweſen wäre.

10) L. 14 C. cit. — — hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare: *nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur.* Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.

Digitized by Google

loren gegangenen Constitution dem Richter der Vorklage auch für die Gegenfoderung Competenz gegeben[11]), aber in welchem Umfange? Justinian beruft sich nicht darauf, auch nicht in der Novelle, worin er verordnet, daß ein Verklagter seine Gegenklage entweder sogleich, d. h. noch vor der Litiscontestation bey demselben von ihm nicht recusirten (§. 31) Richter anbringen, oder aber wenn er späterhin oder anderswärts klagen wolle, bis zur Beendigung jenes Prozesses warten müsse[12]). Ob dabey vorausgesezt worden, daß auch der incompetente Richter für die zu Anfang vorgebrachte Gegenklage competent werde, wo denn freylich auf Connexität gar Nichts ankommen würde, ist wenigstens zweifelhaft.

Fünfter Abschnitt.

In integrum restitutio *).

§. 101.

Einleitung.

Schon durch die Exceptionen hat das prätorische Edict es möglich gemacht, ein an sich bindendes Verhältniß, wenigstens vertheidigungsweise, in seiner Wirksamkeit zu hemmen. Aber aus Billigkeit ist der Prätor noch weiter gegangen, und hat aus vielen allmälig ins Edict aufgenommenen Gründen in einen civilrechtlich verwirkten Zustand überhaupt, also auch die wieder einzusetzen versprochen, die deshalb offensiv auftreten müßten. Als Gründe einer solchen in integrum oder integri restitutio werden im Allgemeinen genannt: metus, calliditas, minor aetas, status mutatio, ab-

---

11) S. Not. 2). 12) Nov. 96, c. 2.

*) Paul. I. 7. D. de in integrum restitutionib. (4, 1). C. Th. de integri restitutione (2. 16). S. die folgg. §§. — *Chr. Gl. Biener* historia juris civilis de restitutionib. in integrum, Lips. 1779. 4.

Digitized by

sentia und justus error [1]). Die Formen der Wiedereinsetzung sind aber keine neuen. Entweder verfährt der Prätor, namentlich bey prozessualischen Verhandlungen, versäumten Fristen u. s. w. ohne Weiteres (wir nennen es brevi manu), grade so, als wenn Nichts verwirkt wäre, z. B. die versäumte exceptio oder bonor. possessio nachträglich dennoch ertheilend, oder er restituirt cognitione praetoria, d. h. nach einer extra ordinem gepflogenen Untersuchung. Oder endlich, er restituirt auf dem Wege des Ordinarprozesses, dem Beklagten exceptio, dem Kläger rescissoria oder restitutoria actio ertheilend [2]). Diese Gewährung der exceptio oder des judicium rescissorium kann er auch der verlangenden Partey bereits vorläufig zusagen (interloqui) [3]), womit aber die Restitution selbst noch keineswegs vollendet ist, indem vielmehr namentlich um jene actio immer noch binnen der zur Ertheilung einer in integrum restitutio offen stehenden Frist (§. 107) nachgesucht werden muß [4]). Ob aber extra ordinem, oder durch Ertheilung der restitutoria actio restituirt werden kann, das hängt von den einzelnen Edicten selbst und ihrer Fassung ab, die wenigstens für den Fall der Minderjährigkeit so allgemein war, daß der Prätor beyde Wege einschlagen konnte, vgl. §. 104. Nach unterge-

---

1) L. 1. 2 D. ht. (4, 1). Paul. I. 7 §. 2.

2) L. 13 §. 1 D. de minor. (4, 4) — — vel cognitione Praetoria vel rescissa alienatione, dato in rem judicio —. L. 9 §. 3 quod met. caus. (4, 2). L. 3 C. quib. ex caus. maj. (2, 54).

3) L. 9 §. 3 D. cit. L. 46 §. 3 de proc. (3, 3).

4) Die Neueren nennen dieses vorläufige Restituiren judicium rescindens. S. überh. *Chr. Fr. Glück* de vita petendae restitutionis in int. praetor. etc., Hal. 1776, in opusce. Fasc. II, p. 301 sqq., p. 401 sqq. Es stand wohl in der Wahl des Klägers sich vorerst einen solchen Ausspruch zu erbitten, oder aber unmittelbar auf Ertheilung einer restitutoria actio anzutragen. Abweichend ist die Darstellung in meinem Programme: *Zimmern* de judicio, quod vocant, rescindente ac rescissorio, Jen. 1826, 8. S. dageg. Ed. Huschke in Tüb. krit. Ztschr. Bd. 2, H. 2, S. 163 fgg.

Digitized by Google

gangenem judiciorum ordo konnte freylich keine rescissoria actio concipirt, aber möglicher Weise immerhin in einem besondern Verfahren über die Ertheilung der Restitution, und dann erst über das restituirte Recht selbst gestritten werden. Was nun jene einzelnen, in den folgenden §§. zu betrachtenden Edicte betrifft, so sind manche derselben auch die Quelle anderer, als restitutorischer Rechtsmittel geworden, wiewohl man oft theils diese Rechtsmittel, theils andere nur in den Digesten daneben behandelte, für wirkliche restitutiones in integrum gehalten hat[5]). Allein der Unterschied ist ein sehr bestimmter[6]). Jede zur Vergütung eines Nachtheils neu gegebene, also gewöhnliche in factum actio restituirt nicht im juristischen Sinne des Worts. Nicht materielle Entschädigung für erlittenen Nachtheil, sondern formelle Rescission des zum Nachtheil gereichenden Verhältnisses selbst, ist wahre integri restitutio, z. B. nicht Wiedererlangung der eingebüßten Sache, sondern so behandelt zu werden, als habe man solche gar nicht eingebüßt. Jede wahre Restitution beruht auf der Fiction, daß das Vorhandene nicht vorhanden sey[7]). Darum ist z. B. die alienatio judicii mutandi causa facta keine in integrum restitutio, weil die Veräußerung im Gegentheil als gültig betrachtet, und nur in factum a. auf Schadloshaltung gegeben wird (§. 124). Eben so wenig die redhibitoria a., die den Kläger nur materiell auf den alten Standpunct stellt, oder die Pauliana (§. 82). Auch gibt es keine (s. g.) Civilrestitution. Was man so nennt, ist entweder gar keine Restitution[8]), oder es ist die prätorische, die nur von Juristen[9]), vom Senate, in

5) Selbst bey Hugo, 10te Rg., S. 629 fg. ist das noch der Fall.

6) *Zimmern* l. c. p. 4 sqq.

7) Den Beweis wird in den folgg. §§. der Gegensaz der metus causa u. doli actio mit der Restitution wegen metus u. dolus gewähren.

8) Z. B. die bloße venditi actio aus L. 2 C. de resc. vendit.

9) So die Restitution dessen, den nur weibliche Intercession

Digitized by Google

Reſcripten[10]) in gewiſſen Verhältniſſen zur Anwendung gebracht worden, ſowie der Prätor ſelbſt oft die Anwendung ſeiner im Allgemeinen zugeſagten Reſtitution in dem oder jenem Falle zur Nothwendigkeit erhoben hat[11]). Auch iſt es freylich (wie bey den Exceptionen) nicht mehr ein blos civilrechtlich, ſondern ein in irgend einer rechtlichen Form verwirkter Zuſtand, der reſtituirt werden kann. Jede Reſtitution wird aber nur causa cognita ertheilt[12]), indem es darauf ankömmt, ob ſie nöthig oder vortheilhaft iſt[13]), ob auch wirklich eine und nicht zu unbedeutende Läſion vorliege (ein captum, deceptum, circumventum esse)[14]). Auch wird die Reſtitution je nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe, gegen welche ſie nachgeſucht wird, leichter oder minder leicht gewährt[15]). Ob auch gegen ſolche Perſonen reſtituirt werde, denen man Reſpect ſchuldig, war beſtritten, Juſtinian hat für die verneinende Meinung entſchieden[16]).

§. 102.

Metus *).

Der Prätor L. Octavius, welcher im J. d. St. 678 Conſul war, und noch zu Ciceros Zeit lebte, hat edicirt: *quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo,* und

---

liberirt hatte, L. 8 §. 9, 11, L. 13 f. L. 14 D. ad Sct. Vell. (16, 1). L. 16 C. eod. (4, 29).

10) So Hadrian: L. 33 D. de re jud. (42, 1). Marcus: L. 7 D. ht. Alex. Sever: L. 35 D. de S. P. R. (8, 3).

11) L. 3 §. 1 de eo per quem fact. (2, 10). *Zimmern*, p. 13 sq.

12) L. 3 D. ht. Paul. I. 7 §. 3.

13) L. 16 §. 2, 3 D. de minorib. L. 3 C. si tutor (2, 25).

14) L. 1 f., L. 4 D. ht. L. 3 §. 5, 7, L. 7 §. 1, §. 3 f. §. 7, L. 9 pr., L. 11 §. 2, 3, L. 24 §. 4, L. 29 pr. L. 49 D. de minorib. L. 9 §. 4 D. de jurejur. (12, 2). L. 54 de contr. empt. (18, 1).

15) S. z. B. Gaj. IV, 57, unt. §. 168 u. Titt. C. 2, 26—44.

16) L. 2 C. qui et advers. quos (2, 42) vgl. mit L. 27 f. D. de minor., L. 11 §. 1 quod met. caus.

*) D. quod metus causa gestum erit (4, 2). C. de his quae vi metusve causa gesta sunt (2, 20).

Digitized by Google

die daraus proponirte formula wurde auch Octaviana genannt[1]). Noch zu Seneca's Zeit scheint das Edict diese Fassung gehabt zu haben[2]), bis spätere Prätoren, vielleicht erst Salvius Julianus, das Wort vis als überflüssig weggelassen, mithin also edicirt haben: *quod metus causa gestum sit, ratum non habebo*[3]). Die dadurch begründete Rechtshülfe konnte nun gesucht werden durch exceptio quod metus causa, oder durch Klage, und im lezten Falle auf doppelte Weise. Entweder man läßt sich utilis in rem oder in personam actio geben, nämlich eine rescissoria formula, durch welche der Richter angewiesen wird, auf den Fall, daß er die behauptete Drohung gehörig begründet finden werde, z. B. rescissa acceptilatione oder traditione, oder wenn Jemand gezwungen eine Erbschaft ausgeschlagen hatte, so, als wenn er Erbe wäre, zu erkennen[4]). Oder aber man bittet um formulam quod metus causa, durch welche der Richter nicht zu rescindiren, sondern nur Rückgabe der erpreßten Sache zu bewirken angewiesen wird. Es ist das eine bloße, und zwar arbiträre, in factum actio, s. §. 68, die von jener *restitutio* ob metum ausdrücklich unterschieden wird, auch nicht in demselben Umfange zur Anwendung kommen kann[5]). Die generelle Fassung des Edicts, welches nicht, wie das de dolo, darauf sieht, „*quis* metum intulit," macht, daß sowohl die exceptio als actio gegen Dritte gerichtet werden konnte, in diesem Sinn in rem concipirt wurde, s. §. 59 und §. 94.

---

1) Cic. Verr. III, 65 mit I, 50 u. mit Epp. ad fratr. I, 1 nr. 7. L. 1 D. ht.

2) Senec. Controv. IV, 26: neque enim lex *vim* adhibenti irascitur, sed passo succurrit, et iniquum illi videtur, id *ratum esse*, quod aliquis non quia voluit pactus est, sed quia coactus est.

3) L. 1 D. cit.

4) L. 9 §. 4, 6, L. 14 §. 2. L. 21 §. ult. D. ht. L 3 C. ht.

5) L. 14 §. 1, 2, 10, 11, L. 21 §. 6 D. L 4 C. ht., auch Paul. I, 7 § 4.

Digitized by Google

§. 103.

Dolus *).

Abgesehen von den Klagen aus Delicten war eine Sicherheit gegen trügerisches Verfahren vor Cicero unsres Wissens nur gewährt den Pupillen gegen ihre Vormünder, soweit darüber Bestimmungen der 12 Tafeln oder späterer Gesetze existirten (Bd. 1, §. 248), und den adolescentibus, zufolge der lex Plaetoria (Bd. 1, §. 121), und sine lege nur bey bonae fidei judiciis, bis sich dieses durch die von seinem Zeitgenossen, dem Prätor Aquilius Gallus, also erst nach der Octaviana, proponirten formulae de dolo malo änderte [1]). Es ist offenbar sowohl die doli actio als exceptio, welche Aquilius hier eingeführt und concipirt hatte, und woneben er allerdings auch noch gegen dolus sichernde Contractsclauseln aufgesezt haben konnte [2]). Das Edict über die actio war, wenigstens nach Ulpians Bericht, so gefaßt: „quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo“ [3]). Was nun aber dolus sey, das ist der Doctrin zu bestimmen überlassen geblieben, jedoch von Aquil. Gallus selbst dahin definirt worden: „cum esset aliud simulatum, aliud actum“ [4]), nämlich decipiendi causa, und so ist es auch von Anderen wiederholt, aber von Labeo getadelt worden, welcher eine andere, von Ulpian und in der Compilation gebilligte Definition gibt [5]). Auch die actio de dolo ist aber eine arbiträre in factum a. (§. 68), keine restitutorische, indem sie vielmehr versagt wird, wenn restitutio, es sey wegen dolus

*) Paul. I, 8. Tit. de dolo malo, D. 4, 3. C. 2, 21, C. Th. 2, 15.

1) Cic. de off. III, 14, 15.

2) Hugo Rg. S. 784, Not. 2) bezieht die Aq. Clauseln blos auf das Leztere, s. dagegen Schilling Bmrkungen über Rg. S. 352 fgg.

3) L. 1 §. 1 D. ht. 4) Cic. de off. l. c.

5) L. 1 §. 2 D. ht. L. 7 §. 9 D. de pact. (2, 14).

Digitized by Google

oder aus andern Gründen, möglich ist [6]). Da nun aber eine klagweise zulässige restitutio ob dolum die Anwendbarkeit der subsidiären actio de dolo immer aufheben würde, so folgt, daß jene Restitution nur durch exceptio oder replica doli möglich war [7]), denn auch wo die anwendbar ist, tritt doli actio nicht ein [8]). Uebrigens kömmt es bey der doli actio und exceptio darauf an, *cujus* dolo und *quid* dolo malo factum sit? [9]) Daher hat die metus causa gegebene exceptio bisweilen eine umfassendere Wirksamkeit, und das Verfahren des Prätors Cassius [10]), welcher sie nicht ins Edict aufnahm, weil er sich mit der doli exc. begnügen zu können glaubte, hat sich in der Folge nicht behauptet [11]).

§. 104.

Minderjährigkeit *).

Durch die lex Plaetoria war den minores xxv annis Schuz gegen circumscriptio, also gegen dolus gegeben [1]). Folglich lag eine große Erweiterung darin, daß der Prätor, wann? läßt sich nicht ausmitteln, edicirt: „quod cum minore quam xxv annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, *animadvertam*“ [2]). Dadurch ist dem obrigkeitlichen Arbitrium die bedeutende Gewalt gegeben worden, den

6) L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1). L. 1 §. 6, L. 7 pr. D. ht.

7) Dafür haben sich bereits erklärt Wening Lehrb. des Civilr. Buch 6, §. 23, *Zimmern* de jud. rescind. etc. p. 8. Huschke a. a. O. S. 168.

8) L. 1 §. 4, L. 7 pr., L. 25, L. ult. D. ht.

9) L. 15 §. ult. L. 16 D. ht. S. §. 59 u. §. 94.

10) Cic. pro Rosc. Am. 30. Phil. II, 14. pro Mil. 12 u. daſ. Ascon. Val. Max. III, 7 §. 9. VIII, 1 §. 7.

11) L. 4 §. 33 D. de doli et met. exc. (44, 4).

*) Paul. I. 9. D. de minorib. XXV annis (4, 4). C. de in int. restit. minor. (2, 22).

1) Cic. de off. III, 15, de nat. Deor. III, 30. S. Bd. 1, §. 121.

2) L. 1 §. 1 D. ht.

Digitized by Google

minor gegen alle ihm nachtheiligen Geschäfte restituiren zu können [3]). Es konnte auf die sämmtlichen in der Einleitung angegebenen Weisen geschehen, namentlich sowohl extra ordinem, als durch Ertheilung einer exceptio [4]) und einer restitutoria actio [5]). Denn ausdrücklich wird gesagt, daß aus diesem Edicte „nulla propria actio vel cautio" entspringt [6]). Auch einer res publica wurde nach einem Rescripte von Alexander extra ordinem geholfen [7]), und daß ihr namentlich auf diesem Wege Restitution gewährt wird, sagt mit Berufung auf ältere Rescripte schon Gordian [8]), und in einer Constitution von Diocletian und Maximian kömmt es als übliches Recht vor, daß eine res publica jura minorum, und folglich auch das Recht auf Restitution in Anspruch nehmen könne [9]).

§. 105.

Status mutatio *) und error.

Die durch status mutatio untergegangenen Klagen (s. Bd. 1, §. 229) hat der Prätor gradezu als rescissoriae wiederzugeben versprochen, indem er edicirte: „qui quaeve posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutaeve esse dicentur, in eos easve *perinde, quasi id factum non sit, judicium dabo*" [1]). Es sey aber hier, versichern die römischen Juristen, nur die minima capitis de-

3) L. 1 pr. D. eod. Gaj. IV, 57 f., II, 163 u. s. w.

4) L. 9 §. 4 D. de jurej. (12, 2).

5) L. 3 §. 9, L. 13 §. 1, L. 24 §. 4, L. 29 §. 2, L. 45 pr. D. ht. L. 39 §. 6 de proc. (3, 3). L. 39 pr. de evict. (21, 2). L. 2 C. si adv. transact. (2, 32). L. 2 C. si ut omissam (2, 40).

6) L. 24 §. ult. D. ht.

7) L. 3 C. de jure reipubl. (11, 29).

8) L. 1 C. de off. ej. qui vicem (1, 50).

9) L. 4 C. quib. ex caus. maj. (2, 54).

*) D. de capite minutis (1, 5).

1) L. 2 §. 1 D. ht. Vgl. Gaj. IV, 38. L. 5 C. quib. ex caus. maj. (2, 54).

Digitized by Google

minutio gemeint, so daß sie wegen der majores minutiones selbst eine rescissoria actio, und zwar gegen den geben, an welchen die bona gekommen sind, die aber auch bey einer minima cap. dem. vorkommen konnte[2]). So weit im Justin. Recht eine Aufhebung durch cap. demin. nicht mehr Statt hat, soweit fällt freylich auch die restituirende Klage weg[3]). — Die Restitution wegen justus error ist die einzige, welche in keinem besondern Titel der Digesten entwickelt ist, und worüber sich überhaupt nirgends eine absichtliche Erörterung findet. Nur ein ganz specielles Edict gehört hierher. Dasjenige nämlich, durch welches der Prätor den zu restituiren verspricht, welcher, ohne es zu wissen, unter Autorität eines falschen Tutors mit dem Pupillen prozessirt hat. „Dabo in integrum restitutionem" sagt hier der Prätor[4]), welcher die consumirte actio als rescissoria verleiht[5]). Es ist möglich, daß noch in anderen Edicten Irrthums wegen restituirt, aber es sind uns wenigstens nur vereinzelte Andeutungen überliefert worden, nach welchen zu schließen[6]) der Irrthum großen Theils nur in prozessualischer Hinsicht, besonders bey irrthümlich ausgewirkter Fassung der Formeln[7]), zur Restitution Veranlassung gab[8]), so daß bey den verän-

2) L. 2 pr. L. 7 §. 2, 3, D. ht. Bd. 1, S. 844 ferner S. 816, 833 u. ob. §. 77 bey Note 16).

3) S. Bd. 1, S. 845.

4) Vgl. L. 1 §. 6 — L. 6 D. quod falso tut. (27, 6). Die Worte des Edicts Bd. 1, S. 939.

5) Arg. L. 18 de i. i. j. (11, 1). Es hängt nämlich damit zusammen, daß eine wenn auch gegen den unrechten Beklagten einmal durchgesezte Klage streng genommen nicht weiter, auch gegen den rechten Beklagten, gebraucht werden kann. S. unt. §. 120 u. Keller, S. 573—578. W. Francke Beyträge zur Erläut. einzelner Rsmaterien, Abth. 1, Götting. 1828, S. 86 fgg.

6) Francke, S. 90 fgg.

7) Gaj. IV, 53, 57. Suet. Claud. c. 14.

8) L. 11 pr. de exc. rei jud. (44, 2). L. 13 pr. de inst. act. (14, 3). — L. 11 §. 8—10 de int. i. j. (11, 1). — L. 2 de exc. rei jud. — L. 1 §. 17 de separ. (42, 6). — §. 33 I. de actt.

Digitized by Google

derten prozessualischen Verhältnissen Justinians Compilatoren dieser Restitution keine besondere Berücksichtigung mehr gewidmet, obwohl sie dieselbe in einzelnen Fällen noch zugelassen haben.

§. 106.

Abwesenheit und andere Abhaltungen *).

Unter der Rubrik einer Restitution der Großjährigen theilen die Digesten ein prätorisches Edict mit, welches gegen gewisse Folgen einer durch Abwesenheit, deren auch schon Terenz gedenkt [1]), oder durch gewisse andere Verhinderungen verursachten Versäumniß [2]) zu restituiren verspricht. „Denjenigen nämlich [3]), welcher Vermögen einbüßt, weil er 1. aus Furcht oder ohne Dolus in Staatsangelegenheiten abwesend war, oder 2. in Banden, in der Sclaverey, in der Feinde Gewalt sich befand, oder weil 3. der Gegner abwesend, in Banden, oder überhaupt in der Lage sich befand, daß er nicht belangt werden konnte, oder wenn 4. der Magistrat selbst die Rechtspflege verweigerte oder verzögerte — und wenn namentlich auf solche Weise ein Klagrecht durch Zeitablauf, oder sonst ein Recht durch Nichtgebrauch verloren gegangen, oder wenn unterdessen eine Sache von einem Anderen usucapirt worden [4]), so will der

*) D. ex quib. causis majores (XXV ann.) in integrum restituuntur (4, 6). C. quib. ex caus. majores in int. restituantur (2, 54).

1) Ter. Phormio A. II, sc. 4, v. 9 sqq.: — quod *te absente* hic filius egit, *restitui in integrum*, aequum est et bonum, et id impetrabis.

2) Francke a. a. O. S. 68 fgg. 3) L. 1 §. 1 D. ht.

4) Weil diese rescissoria actio in L. 57 D. mand. (17, 1), L. 35 pr. de O. et A. (44, 7), vgl. §. 5 I. de actt. Publiciana genannt wird, so darf man deshalb nicht mit *Biener* Diss. cit. p 22 einen Publicius als Urheber dieses Edictes ansehen. Der Prätor kann nämlich überhaupt das verlorene röm. Eigenthum nur als ein in bonis esse wiedergeben, welches immer durch Publiciana a. geltend gemacht wird.

Digitized by Google

Prätor Klagrecht geben, so wie er auch 5. erklärt: „*si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam*, soweit es dem positiven Rechte gemäß seyn wird.“ — Diese lezte oder generalis clausula [5]) sezte den Prätor in Stand, auch in andern, als den genannten Verhinderungsfällen, gegen jedes unverschuldete Versäumniß, wo es billig schien, zu restituiren [6]).

§. 107.
Zeit der Restitution *).

Wie die meisten prätorischen Klagen, so wurde auch die Restitution binnen eines annus utilis zugesagt, desgleichen die doli und metus causa gegebene actio [1]), was also

---

5) L. 26 §. 1, 9, L. 33 pr. D. ht.

6) Beyspiele enthalten L. 7 f. D. de minor. L. 26 §. 1, 9, L. 27, 28 pr. L. 33 D. ht. L. 1 §. 9 de itin. actuq. (43, 19) vgl. mit L. 35 de S. P. R. (8, 3). Ob die Clausel blos auf Fälle der Abwesenheit zu beschränken, oder von jedem Billigkeitsgrund und jeder Läsion zu verstehen sey, darüber hat man von jeher gestritten. In den Schranken, wie das ganze Edict, wovon „illa pars“ nur ein Anhang, muß sie auf jeden Fall gehalten werden, aber andrerseits erlaubt eben das Edict selbst, welches gar nicht blos von Abwesenheit handelt, namentlich nicht in dem zulezt genannten Falle, diese Schlußclausel auf jede Art der Abhaltung, L. 16 D. ht., (mag man das auch etwa fingirte Abwesenheit nennen) zu beziehen. Vgl. Francke, S. 73 fgg.

*) C. de temporib. in int. rest. tam minorum et aliar. personar. quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum (2, 53). *Chr. Fr. Glück* de vita petendae rest. in int. cap. 3, in opusce. Fasc. IV, p. 3 sqq. Unterholzner Verjährungslehre, Bd. 2, S. 1—20.

1) Bey der rest. majorum steht es im Edict u. in L. 35 pr. D. de O. et A. („quia contra jus civile datur“), L. 5 C. ht. — von der rest. minorum sagen es L. 19, L. 39 pr. D. de min. Für doli actio L. un. C. Th. de dolo (2, 15) u. für die a. quod met. caus, welche wie die doli actio, L. 28 D. de dol., insoweit als der Beklagte bereichert ist, auch nach dem Jahre zulässig, s. Not. 5) zu §. 103.

Digitized by

auch von der Restitution ob metum gelten muß. Nur die rescissoria actio wegen status mutatio war perpetua[2]). Constantin aber hat zunächst hinsichtlich der doli actio verordnet, daß sie binnen eines vom begangenen dolus an berechneten continuus annus impetrirt, und von da an binnen eines continuum biennium beendigt werden müsse, welches Gesez aber Justinian so interpolirt hat, daß die Klage nur erst binnen eines biennium continuum angestellt und beendigt (§. 151, Not. 15) zu werden braucht[3]). Nach einer anderen Constantinischen Verordnung soll wegen Minderjährigkeit in Rom bis zum hundertsten Meilensteine binnen 5, in Italien binnen 4, in den Provinzen binnen 3, von der Volljährigkeit oder der venia aetatis an continuo berechneten Jahren, die in integrum rest. nachgesucht und zu Ende geführt werden[4]). Justinian aber hob dieses auf, indem er verordnete, daß für die in integrum rest. der minores sowohl, als auch der majores, ein continuum quadriennium an die Stelle des ehemaligen utilis annus treten[5]), und daß das Verfahren in der Zeit auch beendigt werden soll[6]). Unter der restitutio majorum ist, wie auch die dabey erwähnten Restitutionsgründe beweisen, die im vorigen §. besprochene Restitution gemeint, daher darf also auch dem quadriennium eine weitere Ausdehnung nicht gegeben werden, so daß es im Uebrigen beym Alten bleibt[7]).

---

2) L. 2 f. D. de cap. min. (4, 5).

3) L. un. C. Th. cit., L. 8 C. de dolo (2, 21). Die Aufnahme von Gordians L. 3 C. de dolo ist inconsequent, Unterh. a. a. O. S. 371, Not. 783).

4) L. 2 C. Th. de int. rest. (2, 16).

5) L. ult. C. ht. War venia aetatis gegeben, so wird, wie schon L. 2 C. Th. cit. angenommen hatte, die von da an zu berechnende in int. restitutio keineswegs verweigert, L. 5 pr. C. ht.

6) Unterh. S. 9, Not. 531).

7) Vgl. die Schriftsteller bey Glück Comm. Bd. 5, S. 436. — Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 10, S. 86—89. Im Grunde ist

Digitized by Google

Sechster Abschnitt.
Die einzelnen Acte des gerichtlichen Verfahrens *).

Erster Titel.
Der Prozeß durch legis actiones.

§. 108.
In jus vocatio **).

Wenn die legis actio bereits vor der Obrigkeit geschah [1]), so entsteht die Frage, wie wurde man zur Obrigkeit zu kommen veranlaßt? Durch in jus vocare. Denn in der ältesten Zeit, wie späterhin [2]), wurde jeder [3]) Rechtsstreit dadurch

---

auch Unterh. S. 5, Not. 525) einverstanden, wenn er bemerkt, daß es eine klagweise Rest. wegen dolus nicht gebe, die ob metum wegen der a. quod met. c. selten vorgekommen, die ob cap. minut. perpetua sey, u. die wegen Irrthums nur auf besondere Fälle gehe.

*) *A. H. van Hees* de iis, quae antiquitus ap. Rom. inter litigatores ante litiscontestationem fiebant, L. B. 1747, in Fellenberg Jurispr. ant. T. I, p. 491—564. *Jo. Lud. Albrecht* de vera jurisdictionis veter. indole, Lips. 1752, 4, p. 14—39. *Chr. Fr. Glück* de vita petendae rest. in integr. cap. 2, sect. 1, in opuscc. Fasc. II, p. 307—400. C. L. Goldschmidt über Litiscont. und Einreden, S. 1—26.

**) Tit. de in jus vocando, D. 2, 4, C. 2, 2. — *Idsinga* Lib. sing. Varior. jur. civ. c. 3—6, p. 19 sqq. *H. Jo Arntzenii* Diss. ad L. 2 de in jus voc. cap. 2, in Miscellan., p. 256—270. Hugo, 10te Ag., S. 305—307. S. übrig. §. 111, Note *)

1) Ob. §. 32, §. 38 fgg.

2) S. §. 111 u. §. 5 I. de poena tem. litig. (4, 16). Die Stellen, welche der Auffoderung mit in jus zu gehen, gedenken, stehn zusammen bey *Brisson.* de formul. V, 1. Vgl. Not. 11) u. 13).

3) Nur die pignoris capio ist auszunehmen, s. §. 48. Den Prozeß der Virginia läßt mit in jus vocare beginnen Liv. III, 44.

eröffnet, daß man seinen Gegner eigenmächtig auffoderte [4]), mit vor die Obrigkeit zu gehen; er mußte folgen, weil es allgemeiner Grundsaz, und darum ein besonderer obrigkeitlicher Befehl nicht erfoderlich war [5]). Auf dieser Voraussezzung beruhen die, wie es scheint, ersten [6]) Worte der 12 Tafeln: „*si in jus vocat,*“ worauf ohne Zweifel folgte: „*ni it, antestator, igitur em capito*“ [7]). „*Si calvitur pedemve struit manum endojacito* (i. e. injicito) [8]), *si morbus*“ u. s. f. [9])

---

4) Vgl. die Verweisungen der Not. 2).

5) Vgl. Gell. XIII, 13: „— — *a privato* in jus vocari est potestas.“

6) Gradezu bewiesen wird das freylich nicht, wie man bisher mit Jac. Gothofred, der hierin dem *L. Carrio* Obss et emendd. I, 8 gefolgt, angenommen hat, durch Cic. de legg II, 4; zumal da, wie Unterholzner in Ztschr. Bd. 2, nr. 17 gezeigt hat, folgender durch viele Handschriften unterstüzte Text der richtige ist: „A parvis — didicimus SI IN JUS VOCAT *atque ejusmodi alias leges nominare* (vgl. noch Hugo a. a. O. Not. 1). Dirksen XII Taf. S. 137 fg.). D. h. „Wir sind von Jugend auf gewöhnt, unser Si in jus vocat u. drgl., leges zu nennen, aber u. s. f.“ Es ist hier also nicht von einem Auswendiglernen, wie ibid. II, 23 die Rede. Allein daß Cicero grade jene Worte aufhebt, macht es immerhin wahrscheinlich, Unterh. S. 433—436, daß es die ersten waren, so wie es auf der anderen Seite keinen Zweifel leiden kann, daß die XII Taf. mit dem gerichtlichen Verfahren u. namentlich mit der in jus vocatio begonnen haben, vgl. die aus des Gajus erstem B. zu den XII T. entnommenen L. 18, 20, 22 D. ht. Dirksen, S. 120.

7) Nämlich Si in jus bis capito scheint (nach Carrio's Nachweisung, l. c. II, 12 vgl. mit I, 14) der echte, handschriftlich unterstüzte Text der Worte zu seyn, welche der Scholiast des Horaz (Porphyrio zu Sat. I, 9, v. 65) als Worte der XII Taf. anführt, die freylich in den meisten Ausgaben ganz entstellt mitgetheilt werden. Vgl. überh. Dirksen S. 132—137.

8) Diese Worte der XII Taf. überliefert Festus v. struere.

9) Unterstüzend im Einzelnen ist noch, daß Gell. XX, 1 als Worte der lex XII tab. anführt: „*Si in jus vocat, si morbus* rel.“, der Auct. ad Her. als Vorschrift der lex: *ut in jus eas, cum voceris*, ferner Nonius c. 1, v. Calvitur, wo aus Lucilius Satyr.

Digitized by Google

D. h. „wenn der vocatus nicht geht[10]), ſo rufe zuerſt Zeugen auf, und greife ihn[11]), und wenn er zögert oder flieht[12]), ſo gebrauche manus injectio und bring ihn vor die Obrigkeit[13]). Wen aber Krankheit oder Alter zu folgen

---

lib. 17 wenigſtens die Worte *si non it, capito* — u. dann wieder *si calvitur* kritiſch unzweifelhaft ſind, vgl. Dirkſen, S. 139 fg. Alsdann Fest. v. „*Pedem struit* in XII significat *fugit*, ut ait Serv. Sulpicius", und L. 233 pr. D. de V. S. aus Gaj. lib. I ad XII tab. „*si calvitur* et moretur et frustretur, wo die lezteren Worte als erklärenden Zuſaz zu nehmen Cramer vorſchlägt (in ſeiner ed. Tit. de V. S.). — Für die Zuſammenſtellung aber, die J. Gothofred u. Dirkſen annehmen, ſpricht die Verbindung der Gegenſtände, die Stelle bey Gellius und die bey Nonius, ſo wie daß Porphyrio zu dem Worte *antestari* bey Horaz die fernere Scholie macht: „Est ergo antestari, scil. *antequam manus injiciat.*"

10) Ein vorangehendes *ito* oder *eat* ſtand zufolge der indirecten Ausdrucksweiſe der Decemvirn gewiß nicht in den XII T. ſelbſt, wie Carrio, auch Hugo a. a. O. u. Dirkſen S. 137 ſchon bemerkt haben.

11) Konnte man alſo nicht darthun, daß das antestari vorangegangen, ſo war der Gebrauch der Gewalt ein unbefugter, welcher wenigſtens in der Folge zur injuriarum actio berechtigte, Acron ad Horat. Sat. 1 c. und eine alte Gloſſe dazu, angef. bey *Glück* l. c. in opuscc. Fasc. II, p. 311, not. — Bey Auffoderung der Zeugen pflegte man dieſelben am Ohre zu berühren, „in ima aure memoriae locus, quem tangentes antestamur", ſagt Plin. H. N. XI, 45, ſ. auch Serv. ad Virg. Ecl. 6, v. 3 u. 4. Ein alter Stein ſtellt nach Råvards Zeugniß (ad XII tab. c. 5, opp. p. 26) die Sache bildlich dar. Vgl. noch Hor. l. c. (Sat. I, 9 v. 74 sqq.), Plaut. Curc. A. 5, sc. 2, v. 23 sqq., sc. 3, v. 15—17. Persa A. 4, sc. 9, v. 8—10. Poen. A. 5, sc. 4 v. 59 sq. Terent. Phormio A. 5, sc. 7, v. 88 sqq. — *Cujac.* Obss. VII, 16. *Jo. H. Born* de antestatione in jus vocant. ap. Rom., Lips. 1737, 4. *van Hees* l. c. §. 15, p. 505—508.

12) S. Not. 9).

13) Vgl. §. 44. Ein ducere verſteht ſich dann von ſelbſt, L. 5 §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8). An der Zuläſſigkeit einer ſolchen Privatgewalt, dem ſ. g. obtorto collo rapere, wie es Plaut. Poenul. A. 3, sc. 5, v. 45 bezeichnet, haben Viele Anſtoß genommen,

Digitized by

hindert, dem soll der, welcher u. s. w." So fahren nämlich die 12 Tafeln fort: „*si morbus aevitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito,*" d. h. „ein Fuhrwerk genügt, eine bedeckte Tragbahre braucht es nicht zu seyn" [14]). Ganz frey von der Pflicht zu folgen konnte man nur durch Vergleich, oder durch einen Vindex [15]) werden [16]), und zwar mußte, nach ausdrücklicher Vorschrift der 12 Tafeln [17]), für denjenigen,

---

und es auf niedrige Personen beschränken wollen, z. B. *Robert* sent. III, 1. *Vinnius* ad §. 12 I. de actt. *Gundling* de commento violentae in jus vocat., in Gundlingiana P. XXV, p. 404—430. Allein außer den Stellen in Not. 11) und Plaut. l. c. s. auch noch Plaut. Rud. A. 3, sc. 6, v. 28 sqq. Terent. Phormio A. 5, sc. 7 fin. Arg. Val. Max. II, 1 nr. 5. Vgl. *Idsinga* l. c. c. 6, p. 47 sq. *Arntzen*. l. c. p. 263 sqq.

14) Jene Worte stehn mit ausführlichem Commentar bey Gell. XX, 1. Es ist wohl nicht *vitiumve* zu lesen u. so der spätere Unterschied zwischen morbus u. vitium schon in den XII Taf. zu suchen, sondern vitium escit steht für impedimento erit. Zu arcera vgl. Nonius lib. I, v. Arcera u. Varro de L. L. IV, 31 fin. Ueberh. Dirksen S. 148 fgg.

15) *Chr. Fr. Ge. Meister* Vindex et vas, Gott. 1746, cap. 1, in opuscc. Syll. I, p. 269—290.

16) Gaj. IV, 46: qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit. Daß in jener Zeit dieses Recht galt, beweist L. 22 §. 1 D. ht. aus Gaj. lib. I ad XII. Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est, si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venitur, de re transactum fuerit, verb. damit, daß die Worte: *Rem, ubi pagunt, orato*, d. h. den Vergleich der Parteyen soll der Magistrat bestehen lassen, in den XII T. standen. Vgl. Auct. ad Her. II, 13. dazu Dirksen S. 170 fgg., mit den nachfolgenden unt. §. 110 bey Not. 9) anzuführenden Worten. Nur folgt nicht, daß auch über gestattete Vertretung eine ausdrückliche Vorschrift in den XII T. stand, die vielmehr dieses Recht, wie so oft, voraussetzen u. durch die Vorschrift über die Qualitäten eines Vindex indirect anerkennen konnten, Dirksen, S. 156 fg.

17) Die Worte lauten, „si recte commemini", sagt Gell. XVI, 10: *Assiduo vindex assiduus esto, proletario cui quis volet vin-*

von welchem viel zu lösen ist, auch wieder ein Reicher Vindex seyn, für den Aermern, wer da will [18]). Der Vindex nahm offenbar den Prozeß auf sich, ganz wie die Defensoren des spätern Rechts [19]). Daß jener Vergleich auf dem Wege zum Magistrate geschlossen werden mußte, stand gewiß nicht in den 12 Taf. [20]), so wenig als die Meinung war, der Verabredung eine besondere Wirkung beyzulegen [21]). Es wurde ihrer nur als ein Mittel gedacht, von der Pflicht zu folgen, (ohne Vindex) frey zu werden, und dazu war freylich nöthig, daß die Verabredung wenigstens noch auf dem Wege, wenn nicht, ehe man ging, ge-

dex esto. Vgl. dazu Cic. Top. c. 2 f. (wo nur Lex *Aelia Sentia* entschieden unecht ist, s. Bd. 1, §. 35, Not. 2)) u. Varro bey Nonius c. 1 v. Proletarii. Ueberh. Dirksen S. 157 fgg.

18) Vgl. die commentirenden Stellen der Not. 17) u. Hugo S. 278, Not. 1). Ob freylich diese Worte grade hier standen, ist nur wegen des natürlichen Zusammenhangs und wegen L. 22 D. cit. wahrscheinlich. Haubold (epitom. p. 132 nr. 8 u. Epicris. in Hein. antiqq. IV, 6 §. 18) stellt sie zum Verfahren gegen insolvente Schuldner, u. auch Hugo a. a. O. bringt sie mit der manus injectio in Verbindung. Allein Gellius, welcher die Textesworte über dieses Verfahren im Zusammenhange mittheilt (XX, 1), gedenkt jener Worte an einem andern Orte. Die L. 234 §. 1 D. de V. S. aus des Gajus zweytem B. der XII T. könnte bey Gelegenheit der manus injectio auf jene frühere Stelle Bezug genommen haben, s. Dirksen S. 121, wenn nicht etwa der Vinder, welcher, wenn es bereits zur Verhandlung vor dem Magistrate gekommen, erfodert wird, durchaus ein locuples seyn mußte, vgl. §. 46, Not. 7).

19) Gaj. in L. 22 cit. si quis ejus personam defendit. Booth. ad Cic. Top. c. 2: Vindex est, qui alterius causam suscipit vindicandam, *veluti quos nunc procuratores vocamus.* Vgl. *Meister*, p. 286—290.

20) Weil Gajus sagt: dum in jus venitur, so restituirt J. Gothofred, mit Rücksicht auf Cic. pro Mur. c. 12, „*in via* rem uti pagunt", welche Beziehung nicht nur unerwiesen, Hugo S. 307, Not. 4), sondern offenbar unrichtig ist, weil der Zusaz überflüssig, Cicero aber auf die symbolische deductio anspielt, s. §. 41.

21) So scheint es Hugo S. 306 zu verstehen.

Digitized by Google

troffen wurde. Daß man sich auch beym Magistrat selbst vergleichen konnte, verstand sich dennoch von selbst. Von den Bestimmungen, die in der Folge die alte Strenge der in jus vocatio milderten (§. 111), beziehen sich manche wohl mit auf die legis actio.

§. 109.

Litiscontestation.

Die vor dem Magistrate erschienenen Parteyen nehmen nun die legis actio vor. An dies nefasti [1]) war dieß unzulässig [2]), und auch beym Judex durfte vielleicht an diesen Tagen nichts verhandelt werden, als an welchen die drey Worte: do, dico, addico schweigen mußten [3]). Die nundinae sind erst durch eine lex Hortensia zu dies fasti geworden [4]). Sofern nun aber die Sache nicht vor dem Magistrate beendigt wurde, so legte man doch hier den Grund zu ihrer definitiven Verhandlung. Man erhielt hier bey sacramenti actio seit der Pinaria lex, so wie späterhin bey der condictio nach 30 Tagen den Judex, und verabredete sich, und zwar (wenigstens bey der sacram. a.), auf den dritten Tag, den perendinus, comperendinus dies, beym Judex zu erscheinen. Es war nun res comperendinata [5]). Dieses ganze Verfahren aber, durch welches die lis oder, wie es nachher auch hieß, das judicium erst vorbereitet werden sollte, endigte damit, daß beyde Theile Zeugen über die Verhandlung aufriefen. Denn der Ausdruck litem contestari ist dadurch entstanden, daß die Parteyen nach eingeleitetem Judicium die Zeugenaufrufung vornahmen [6]). Und gewiß ist

1) *Pollet.* hist. for. Rom. I, 8 mit *Broidaei* Corollaria.

2) Gaj. IV, 29. Varro L. L. V, 4 (p. 35 ed. Goth.) Fest. v. Religiosus. Ovid. Fast. I, v. 47 sq. Cic. pro Mur. c. 11. Liv. IX, 46.

3) S. überh. Macrob. Sat. I, 16. Ob. §. 2, Not. 21).

4) Macrob. l. c. Fest. v. Nundinae.

5) S. ob. S. 105. Fest. v. Res.

6) Fest. v. Contestari.

mit dem Namen litiscontestatio, welche ihrer ursprünglichen und wörtlichen Bedeutung nach[7]) jenen Schlußact bezeichnet, auch jezt schon das von dem Magistrate vorgenommene Verfahren selbst bezeichnet worden[8]), wie die Römer Aehnliches so oft gethan, wenigstens ist das späterhin die ausschließliche Bedeutung des Wortes (§. 118). Grade bey den legis actiones aber, scheint es, mußte in jure vor Zeugen verhandelt werden, welche vor dem, nicht wie im Formularprozesse schriftlich instruirten, Judex über die ganze Vorverhandlung die erfoderliche Auskunft geben konnten. Ihr solenner Aufruf am Ende der Handlung ist aber dem Geiste jenes förmlichen Verfahrens ganz gemäß. Die Wirkung der Litiscontestation ist im Ganzen und Wesentlichen gewiß dieselbe, welche hernach im Formularprozesse freylich eine bestimmtere und genauere Entwicklung erhalten hat[9]). Insbesondere war durch dieselbe der Sache nach gewiß von jeher eine Obligation begründet, und dadurch bey den durch dingliches Recht begründeten Klagen die Folge entstanden, daß von nun an wie bey den persönlichen verfahren wurde, so wie die einer Klage zu Grunde liegende Obligation dadurch novirt werden mußte, wenn auch diese Folgen anfangs nicht in ein bestimmtes Bewußtseyn übergegangen waren.

§. 110.

Das Schlußverfahren.

Sich am verabredeten Tage bey dem Richter einzufinden, dafür hatte man sich wohl gegenseitig verbürgt. Wenigstens scheint das die Beziehung gewesen zu seyn, in wel-

7) So die testatio bey Testamenten Ulp. XX, 9, sogar suprema contestatio dafür in L. 20 §. 8 D. qui test. fac. (28, 1); die antestatio, s. §. 108, Not. 11); detestatio, d. h. denuntiatio cum testatione, L. 40 pr. L. 238 §. 1 D. de V. S.

8) S. überh. Keller, S. 1—11.

9) Keller, S. 79 u. unt. §. 119 fgg. Eine Bestimmung der XII T. über Litigiosität s. §. 124.

Digitized by Google

cher die 12 Tafeln [1]) der frühe veralteten [2]) vades und subvades [3]) gedenken [4]). Jedoch auch Gründe, das Judicium zu verschieben, darunter morbus sonticus, sind bereits in den 12 Tafeln angeführt, sie mögen den Richter, oder der Parteyen Eine betreffen *(quid horum fuit unum judici arbitrove reove, eo die diffensus esto,* oder *dies diffisus esto)* [5]). Daß

1) Gell. XVI, 10.

2) Gell. l. c. Varro L. L. V, 7 (p. 42 ed. Goth.).

3) Leztere etwa die Bürgen des Klägers? So J. Gothofr. zu Tab. II.

4) Varro l. c. Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat etc. u. Macrob. Sat. I, 16: comperendini (dies), quibus vadimonium licet dicere, d. h. auf welche hin, nicht an welchen, wie der Zusammenhang zeigt (ed. Bip. I, p. 279). — Vgl. Jac. Gothofred a. a. O. und mit ihm Hugo S. 307 fg. Hingegen *Voorda* de vadimonio, c. 2, §. 1, §. 3 f. in Fellenb. jur. ant. T. II, p. 10 sqq. p. 16 leugnet überhaupt die Beziehung der alten vades auf den Civilprozeß, weil das ganze Vadimonium nur prätorische Caution sey, welche den in jus vocatus vom Mitgehen befreyt (§. 112), u. insbesondere die Beziehung aufs Judicium, weil man sich nach (Ascon.) in Verr. I, 9 zum Juder zu kommen, nicht durch Stipulationen verpflichtete, vielmehr beym Ausbleiben dennoch erkannt worden sey. Allein Beydes ist erst für die spätere Zeit, für den Formularprozeß, erweislich. Auch Dirksen XII T. S. 123 fg. S. 188 fg. bezieht die vades der XII T. wenigstens nur auf die Sistirung in jure, hauptsächlich wegen Gaj. IV, 184, aber es fehlt abermals der Beweis, daß jenes ältere Vadimonium mit dem späteren coincidirt. Vgl. jezt F. X. Zenger über das Vadimonium der Römer, Landshut 1826, S. 11—19.

5) Diese Worte werden bey Fest. v. Reus als die zweyte lex der zweyten Tafel angeführt, s. Bd. 1, §. 32, Not. 20), u. dem Inhalte nach von Ulpian in L. 2 §. 3 si quis caution. in jud. sisti (2, 11), wo aber die Worte: jubet diem judicii esse *diffisum* dem Ausdrucke des Gesetzes nachgebildet scheinen, daher die obige Substitution, welche von *Cujac.* Obss. XII, 18 herrührt. Daß von morbus sonticus in den XII T. die Rede war, u. was es bedeute, darüber auch Gell. XX, 1 u. Fest. v. Sonticum morbum. Ueber das Wort selbst auch Fest. v. Sontica causa und L. 60 D. de re jud. (42, 1). — Dirksen, S. 200 fgg.

Digitized by Google

dahin auch *status dies cum hoste*[6]) (mit einem Peregrinen getroffene Verabredung) gehört, ist wahrscheinlich, vielleicht auch vota, und noch andere einzeln benannte religiöse oder sonstige Verhinderungen[7]). Den Ort, das Verfahren selbst und seine Dauer geben die 12 Tafeln an[8]), indem sie nach den §. 108, Note 16) erwähnten Worten also fortfahren: *ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito*[9]), *quam perorant ambo praesentes, post meridiem praesenti stlitem addicito, sol occasus suprema tempestas esto*[10]). Wenn also der Prozeß an demselben Tage nicht zu

6) Als Worte der XII T. bey Cic. de off. I, 12, dazu Dirksen, S. 196—199.

7) Nämlich im ersten B. über die XII T. spricht Gajus von votis pro salute Principum, L. 233 §. 1 D. de V. S., und davon, daß man nach gestellter cautio jud. sist., Staatswegen abwesend war, L. 6 D. si quis caut. (2, 11), und im Formular eines alten Soldateneides bey Gell. XVI, 4 sind viele Gründe angeführt, welche von der Pflicht, dem Aufruf zu folgen, befreyen, darunter religiöse u. morbus sonticus und status condictusve dies cum hoste u. d. m. Da nun auch die XII T. der Gründe mehrere anführten (quid *horum* fuit), so hat J. Gothofred jene scharfsinnige Zusammenstellung gemacht. Es ist der röm. Sitte gemäß, bey einem späteren Formular sich immer wieder an ein älteres Schema anzuschließen, Bd. 1, S. 39. Indessen ist auf jeden Fall der Gattungsbegriff absentia reipubl. causa erst Product der späteren Abstraction. S. Dirksen S. 191—196, S. 204—208.

8) *Idsinga* cap. 8.

9) Nämlich der Juder, welcher hier angeredet wird, nicht, wie Viele meinen, auch Dirksen S. 184, der Magistrat. Es ist von beyderseitigen Reden u. vom Beendigen der lis die Rede, Fest. v. *Addicere* est damnare, nicht von der Einleitung des Judiciums. Vgl. *Hefster* ad Gaj. p. 9. *Huschke*, p. 106.

10) So stehn die Worte vollständig bey Gell. XVII, 2, bis zu causam conscito auch bey Auct. ad Her. II, 13, nur lesen hier die Hdschriften causam *conjicito*, auch viele Hdschriften beyder Autoren *conjiciunt*, so daß also innere Gründe entscheiden müssen, und diese sprechen für *conscito*, d. h. discito ab utraque parte, *Ed. Huschke* in Anal. p. 106, da causam conjicere auf die Parteyen geht (§. 38, Not. 22)). Vgl. über den Streit Dirksen S. 174—

Ende gehen konnte, ſo ſoll er doch mit Sonnenuntergang[11]) abgebrochen werden[12]). Bey der Sentenz müſſen die Parteyen gegenwärtig ſeyn, welcher Grundſaz auch in der Folge beybehalten worden. Außerdem wiſſen wir nichts Näheres, was nicht etwa ſchon oben bey den legis actiones angegeben werden konnte. Indeſſen hat man im Weſentlichen gewiß ſchon die Grundſätze befolgt, welche wir in ihrer Ausbildung im Formularprozeſſe vorfinden, und dort zu ſchildern haben, namentlich, was die Beweisführung betrifft. Die eigenthümliche Vorſchrift der 12 Taf., daß wer Zeugniß haben wolle, den verlangten Zeugen drey Tage nach einander deshalb vor ſeinem Hauſe laut rufend auffodern ſoll[13]), ſcheint auf den Criminalprozeß zu gehen.

---

177. — Für die Worte *ni pagunt* auch noch Quinct. I. O. I, 6. Terent. Scaur. de orthograph. p. 2253 ed. Putsch. Ueber *ante meridiem* auch Censorin. de die natali, c. 23. Nach Plin. h. n. VII, 60: XII tab. *ortus* tantum et *occasus* nominantur: post aliquot annos adjectus est et *meridies* rel. Alſo war wohl die Vormittagszeit urſprünglich als die Zeit nach Sonnenaufgang bezeichnet u. durch ſpätere Faſſung erſt ante meridiem an die Stelle geſezt worden. Die Worte sol occ. supr. t. e. werden ſo oder etwas verändert aus den XII T. noch angeführt bey Censor. de die nat. c. ult. Fest. v. Supremum. Varro L. L. V, 3. VI, 2. Macrob. Sat. I, 3. — Ueberh. Dirkſen S. 168—188.

11) Statt des Sonnenuntergangs gab in der Folge nach einem Plebiſcit des M. Plätorius der Práco das Zeichen des beendigten Tages, Censor. de die nat. c. ult. Varro de L. L. V, 2, wo lex *Plaetoria* u. ſtatt praetor *praeco* geleſen werden muß, *Scaliger* ad Varr. l. c. Dirkſen S. 187.

12) *Huschke*, p. 107.

13) Fest. v. Portum u. v. Vagulatio. *Haubold* de ritu obvagulationis ap. Romanos, Lips. 1787, in opuscc. acad. Vol. I, p. 147—186. Hugo Rg. S. 309. Dirkſen, S. 208—214.

Digitized by Google

Zweyter Titel.
Der Formularprozeß.

Erste Hälfte.
Bis zum constituirten Judicium.

§. 111.
I. In jus vocatio *).

Die Eröffnung eines Rechtsstreits überhaupt, nämlich auch per formulam, und durch bloße persecutio, wurde durch in jus vocatio veranlaßt [1]). Nur ist gewiß sehr bald auch die obrigkeitlich vermittelte Ladung zulässig geworden. Denn jeder Magistratus mit Imperium hatte, wie M. Varro berichtet, und gewiß von Anfang an, vocatio (durch viatores) und prensio (durch Lictoren) [2]), und zwar auch, wenn nicht vorzugsweise, zur Ausübung der Jurisdiction [3]). Nur dadurch, daß die Magistrate den Prozeß durch ihre vocatio zu eröffnen veranlaßt werden konnten [4]), haben die mildern Grundsätze hinsichtlich der Privatvocation entstehen können, die auf der Praxis und dem prätorischen Edicte beruhen [5]). Denn schon gegen den, welcher weder mitge-

*) S. ob. §. 108, Not. **). D. si quis in jus vocatus non ierit: sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit (2, 5). In jus vocati ut eant, aut satis l. cautum dent (2, 6). — *Van Hees* Diss. cit. c. 2, in Fellenb. jur. ant. T. I, p. 500—532. *Albrecht* Diss. cit. p. 18—22. *Glück* c. 2, sect. 1, §. 8, in opuscc. Fasc. II, p. 307—316.

1) S. §. 108, Not. 2). 2) Gell. XIII, 12 u. 13.

3) Denn warum „tribuni jus vocandi non habuerint?" das wird bey Gell. XIII, 12 f. so erklärt: „quod tribuni antiquitus creati videntur *non juri dicundo*, nec causis querelisque de absentibus noscendis."

4) Vgl. *L. Conradi* Exc. I. ad Gell. N. A. T. II, p. 521—523.

5) *Idsinga* c. 6 f. c. 7,

hen, noch einen Vindex ſtellen wollte, Gewalt zu brauchen, hatte man gewiß nicht immer Luſt oder auch nur die phyſiſche Macht. Alſo mußte man durch Vermittlung des Magiſtrats vociren, welcher den Ungehorſamen durch eine mulcta beſtrafen konnte [6]), oder die Weigerung, der Privatvocation zu folgen, durch eine Privatſtrafe [7]), welche freylich mit in factum actio, alſo ſelbſt wieder erſt unter Vermittlung der Vocation, eingefodert werden mußte [8]). Eine Matrone bey der Vocation zu berühren, iſt unzuläſſig geworden [9]). So iſt endlich, wir wiſſen freylich nicht wann? aber gewiß erſt unter den Kaiſern [10]), und durch die bloße Sitte, die Gewalt und überhaupt das manum injicere bey der Privatvocation abgekommen, wiewohl das *ducere* in jus noch zu Gajus Zeit vorgekommen ſeyn muß [11]). Die Privatvocation ſelbſt [12]) hat noch unter Juſtinian nicht aufgehört [13]). Unzuläſſig, zum Theil von jeher, zum Theil auch erſt durch den Einfluß des prätoriſchen Rechts, war und blieb die vocatio, auch die obrigkeitliche, in verſchiedenen Fällen [14]), welche ſich auf die Bekleidung von Magiſtraturen [15]), oder auf die Beſchäftigung des Augenblicks

6) L. 2 §. 1 D. si quis in jus voc. non ier. L. 1 §. 3 D. de inspic. (25, 4) mit L. 131 de V. S.

7) Gaj. IV, 46 fin.

8) L. 2 §. 1 D. si quis in jus etc.

9) Val. Max. II, 1 nr. 5.

10) Denn ſ. Hor. Sat. I, 9 fin. u. aus Domitians Zeit Juven. Sat. X, v. 87.

11) L. 5 §. 1 D. qui satisd. (2, 8).

12) So z. B. aus Trajans Zeit Plin. Paneg. 36, der Antonine Gell. XIII, 13.

13) S. §. 144 u. für Diocletians Zeit L. 3 C. ht. (2, 2).

14) L. 2, 3, 4 pr. D. de in jus voc. (2, 4). Ausführliche Nachweiſungen darüber bey *van Hees*, p. 508—524. *Arntzen.* ad L. 2 D. cit. l. c. p. 271 sqq. Glück Comm. Bd. 3, S. 342—348.

15) Das Princip war einfach dieſes. Wem ſelbſt vocatio oder auch nur prensio zuſtand, der konnte ſo lange als er dieſe Magiſtratur bekleidete, nicht in jus vocirt werden; die anderen Magi-

reduciren. Frauen konnten als solche allerdings in jus vocirt werden [16]). Daß man aus seinem Hause gar nicht, oder wenigstens nicht mit Gewalt in jus vocirt werden könne, ist blos durch die nicht einmal einstimmige Meinung der Juristen aufgekommen [17]). Das Edict des Prätors aber ordnet poenale judicium gegen diejenigen an, welche ihre Eltern, ihren Patron, deren liberi und parentes, ohne des Magistrats Erlaubniß [18]) in jus vociren. Die Richter waren Recuperatoren, und die Strafe betrug 10,000 Sestertien, oder nach dem spätern Münzfuß, 50 aurei [19]). Causae cognitio hat sich der Prätor nicht vorbehalten, aber schon Labeo meint, er müsse nach Umständen die poena erlassen können [20]). Der Libertus, welcher nicht zahlen konnte, wurde körperlicher Züchtigung unterworfen [21]). Daß ferner schon bloße Bürgschaft vom Mitgehen befreyen konnte, also nicht mehr ein Vindex nöthig war, beruht gleichfalls auf einem im folgenden §. zu besprechenden prätorischen Edicte. Endlich hat noch ein anderes Edict [22]), schon dem Ofilius bekannt [23]), annalis actio gegen denjenigen verspro-

---

strate, z. B. die Quästoren, durfte selbst der Private in jus vociren, Gell. XIII, 12 u. 13. S. auch L. 48 D. de jud. (5, 1). L. 5 §. 7 de op. n. n. (39, 1). *D'Arnaud* Conject. II. 10.

16) Val. Max. II, 1 nr 5. L. 22 pr. D. de in jus voc.

17) L. 18—21 D. de in jus voc. vgl. mit (Cic.) pro domo, c. 41 f.

18) Eine Beschwerdeschrift (libellus) dem Princeps oder Präses überreicht, kann wohl Vocation veranlassen, ist aber an sich noch kein vocatio, u. wenn der Libertus das Verhältniß nicht verschweigt, so ist die dadurch veranlaßte obrigkeitliche Vocation keine unbefugte, L. 15 D. de in jus voc. *Conradi* Exc. cit.

19) Gaj. IV, 46, 183, 187. L. 4 §. 1. L. 12, 23, 24 D. de in jus voc. §. ult. I. de poena tem. litig. (4, 16). §. 12 I. u. Theoph. de actt. L. 1—3 C. ht. (2, 2). Detail enthalten L. 4 §. 2 — L. 16 D. eod. (2, 4).

20) L. 11 D. eod. 21) L. 25 D. eod.

22) D. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (2, 7).

23) L. 1 §. 2 eod. (2, 7).

Digitized by Google

chen, welcher den in jus vocatus vom wirklichen in jus venire gewalsam abgehalten (vi eximere), oder, daß er von Andern abgehalten wurde, doloser Weise bewirkt hat[24]). Die poena beträgt so viel, als der Kläger hatte einklagen wollen.[25]).

II. Vadimonium, actionis editio, denuntiatio.

§. 112.

Vom Vadimonium*) im Allgemeinen.

Die Bürgschaft, sich vor dem Judex stellen zu wollen, ist unsres Wissens dem Formularprozesse fremd geblieben[1]), und selbst von den besondern Verhinderungsgründen (§. 110) ist nachher in dieser Beziehung nicht weiter die Rede[2]), offenbar, weil der ausbleibende Kläger sich nur selbst schadete, gegen den Beklagten aber auf den Grund der formula in contumaciam verfahren werden konnte[3]). Die cautiones judicio sistendi causa in Justinians Compilation gehen auf das

24) L. 1 pr. L. 3 §. 2, L. 4 pr. §. 2, L. 5 pr. §. 1—4, L. 6 D. eod Gaj IV, 46 fin. §. 12 I. u. Th. de actt.

25) L. 5 §. 1 D. eod. Theoph. l. c. S. darüber Glück Comm. Bd. 3, S. 423 fg.

*) *Polleti* hist. fori Rom. lib. 5, c. 1—3. *Raevard* Protribun. c. 9. in opp. T. II, p. 899—904. *Meister* Vindex et vas, c. 2, in opusce Syll. I, p. 290—309. *Van Hees* c. 3, in Fellenb. jurispr. ant. T. I, p. 545—549. *Bav. Voorda* de vadimonio, Traj. ad Rh. 1741, in Fellenb. jurispr. T. II, p. 1—68. *Glück* Diss. cit. c. 2, sect. 1, §. 12—14, in opusce. fasc. II. p. 332—352. *Dupont* ad Gaj. comm. IV, p. 140—144. Zenger üb. d. Vadim. ob. §. 110, Not. 4) a. E. cit.

1) (Ascon.) in Verr. I, 9: litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denuntiatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem. Dennoch haben Manche unser Vadimonium (wie in den XII T.) für eine solche Bürgschaft gehalten, wie jezt wieder *Tigerström*, p. 35, 39. Dagegen *Stieber* de bon. emtione, p. 39 sq.

2) Nur vergleichungsweise beruft sich Ulpian in L. 2 § 3 D. si quis caut. (2, 11) auf die Analogie der XII T. *Voorda*, II, 1 p. 11 sq.

3) S. §. 136 u. Zenger S. 17.

Digitized by Google

Erscheinen in jure, auf die zur Instruirung des Judiciums zu veranstaltende Verhandlung[4]), und sind nichts Anderes, als was anderwärts vadimonium heißt[5]), eine blos von Seiten des Beklagten über sein Erscheinen in jure gegebene Sicherheit. Vadari bezeichnet in der Regel die Auffoderung zur Cautionsleistung, obwohl bisweilen auch das Aufgefodertwerden[6]). Occurrere ad vadimonium, vadimonium sistere, obire, heißt, sich zur festgesezten Zeit stellen, deserere ausbleiben[7]), vadimonium promittere, ein solches eingehen[8]), u. s. w. Es kann aber diese Art der Caution aus den 12 Tafeln nicht abgeleitet werden, sondern ist prätorischen Ursprungs, auf jeden Fall ganz in das Edict aufgenommen[9]). Blos auf dem prätorischen Edicte beruht es, daß der in jus vocatus auch ohne Vindex, nämlich durch einen bloßen fidejussor

---

4) Vgl. z. B. Rubr. Tit. D. 2, 6 (in *jus* vocati) mit L. 1 eod. (ut fidejussor *judicii* sistendi causa) — Tit. D. de feriis (2, 12), wo vom venire ad judicium, d. h. zum Prätor, die Rede ist — L. 1 pr. si ex noxali (2, 9), wo ausdrücklich das judicium accipere, also die Litiscontestation, als der Termin bezeichnet wird, auf welchen sich das judicio sisti bezieht — oder L. 10 §. 2 si quis caut. (2, 11). *Donell.* Comm. jur. civ. XXIII, 9. *H. Vultejus* de judiciis, Cassel. 1654, II, 5 nr. 15, 16. S. auch Keller, S. 65.

5) Vgl. D. qui satisdare cogantur, l. jurato promittant, l. suae promissioni committantur (2, 8) mit Gaj. IV, 185, u. z. B. Cic. pro Quint. c. 8, 9, wo das vadimonium gleichfalls durch sisti promittere bezeichnet wird. So steht für das bekannte deserere vadimonium in L. 4 §. 4 D. si quis caut. promissio deserta judicii sistendi c. facta, eben so L. ult. D. qui satisd. u. s. w. *Pollet.* V, 1. *Voorda* II, 3.

6) Priscian. lib. 8, p. 792 ed. Putsch. — Activ bey Cic. pro Quint. c. 6. Acron. ad Hor. Sat. I, 1, v. 11. Plaut. Curcul. A. 1, sc. 3, v. 5, Persa A. 2, sc. 4, v. 18, Aulul. A. 2, sc. 4, v. 40. Passiv bey Fulgentius de sermone prisco, §. 61, p. 806 ed. Goth. Plaut. Bacchid. A. 2, sc. 2, v. 3. Symmach. epp. I, 31.

7) *Brisson.* v. Vadimonium. *Ernesti* clav. Ciceron. v. Vadimonium. — *Voorda* cap. 1, *Glück* l. c. §. 12. Zenger §. 2.

8) S. auch Cic. pro Tull. c. 20 f. ed. H.

9) Zenger, S. 11 u. S. 19 fg.

Digitized by Google

judicii sistendi causa datus, wie dieſer Bürge in Juſtinians Compilation genannt wird, von der Pflicht ſogleich zu folgen frey werden kann [10]). Der Fidejuſſor muß (noch grade wie der Vindex) pro rei qualitate locuples [11]) ſeyn, außer bey necessariis personis, wo qualiscunque fidejussor angenommen werden ſoll [12]), und die Weigerung ſogar wieder ein L aureor. judicium nach ſich zieht [13]), ſo wie wer einen „evidentissime locupletem fidejussorem" anzunehmen verweigert und in jus ducirt, ſich der injur. actio, ſelbſt von Seiten des Bürgen, ausſezt [14]). Ein ſolches Vadimonium iſt es, was auch bereits bey Cicero vorkömmt [15]), und wenn doch noch Gajus von dem ſpricht, welcher in jus vocatus neque venerit, *neque vindicem dederit,* ſo hat er wohl nur der Kürze halber das neque fidejussorem oder vielmehr sponsorem [16]) weggelaſſen [17]), überhaupt nur in einer herkömmlichen Formel geſprochen, denn unter dem Vindex iſt ein wirklicher Stellvertreter zu verſtehen, welcher den Prozeß auf ſich ſelbſt nimmt, und auch die vadimonia eingehen kann. Nicht verwechſelt mit jenem (außergerichtlichen) Vadimonium darf aber dasjenige werden, welches in jure, und zwar ſchon in früher Zeit, concipirt wurde [18]), wenn die

10) L. 1 mit Rubr. D. in jus vocati etc. (2, 6).

11) Ueber dieſen Begriff: L. 2 pr. L. 7 pr. D. qui satisd. (2, 8).

12) L. 1 D. cit. L. 3 eod. L. 2 §. 4 D. qui satisd. Das Edict, welches dieſe Perſonen nennt, ſteht in L. 2 §. 2 mit §. 3 D. eod.

13) L. 2 D. in jus vocati (2, 6).

14) L. 5 §. 1 qui satisd. (2, 8).

15) Cic. pro Tullio l. c., c. 16 ed. Cramer. Vgl. *Cramer* ib. p. 87. Cic. pro Qu. c. 5 f., c. 6.

16) Denn ſo nannte man zunächſt die, welche früherhin vades hießen, Acron. l. c. Corn. Nep. Attic. c. 9.

17) Denn in jenem Zuſammenhange ſollte dieſer Gegenſtand nicht erörtert, ſondern Beyſpiele für in fact. formula gegeben werden, Gaj. IV, 46.

18) Blos jenes vorhin geſchilderte Vadimonium erkennen Pol-

Digitized by Google

Parteyen wirklich vor dem Magiſtrat erſchienen ſind, aber ohne die Sache an dieſem Tage (verſteht ſich, ſoweit es beym Magiſtrate möglich iſt) beendigen zu können. Der Beklagte muß dann, auf einen beſtimmt verabredeten andern Tag ſich ſtellen zu wollen, ſtipulirend verſprechen [19]). Man darf alſo nicht an eine von dem anderweitig beſchäftigten Prätor gar nicht vorgenommene Sache denken, da er vielmehr ſelbſt das Cautionsgeſchäft zu leiten hatte. Folglich mußte zuerſt der Kläger die Art ſeines Anſpruchs angeben, actionem edere (§. 113), damit der Beklagte wiſſe, ob er ſich auf weitere Verhandlung (aufs agere) jezt ſchon einlaſſen wolle, oder vadimonium machen [20]). Bevor man nämlich zum Magiſtrate gekommen, bey der bloßen in jus vocatio, war weder der Kläger zu einer ſolchen Angabe, noch der Beklagte zur Berückſichtigung derſelben verpflichtet [21]), d. h. es kann derſelbe immerhin noch nach der vor Gericht

letus und Voorda (c 2) an, was aber ſchon aus den älteren Quellen widerlegt werden konnte, da vom vadari in jure die Rede iſt bey Cic. pro Qu. l. c., Liv. XXIII, 32, Plaut. Aul. A. 2, sc. 4, v. 38 sqq., auch Gell. VII, 1 fin. Deshalb ſind der umgekehrten Meinung Råvard, zum Theil van Hees, aber Glück, der ihm beyſtimmt, muß doch wegen Tit. D. in jus voc. (2, 6) und Cic. pro Qu. c. 5, 6 einräumen, daß Beydes vorgekommen. S. Zenger, S. 19 fgg.

19) Bey Gaj. IV, 184 heißt es nach Savigny's Critik: ni eo die *finiverit* negotium, nämlich der in jus vocatus, wenn man nicht das finire in der ſelteneren neutralen Bedeutung nehmen, oder aber leſen will: finis venerit negotio, was jezt Göſchen mißbilligt u. auch Hefftter, aber Zenger S. 26 fg. vertheidigt. Allein allerdings iſt es zunächſt der Beklagte, welchem es anheim gegeben bleibt, ob er ſogleich judicium accipere oder Aufſchub fodern will, ſ. §. 113. So hat die Partey der Virginia Sponſoren geſtellt für den von ihrer Seite gefoderten u. nur bis zum folgenden Tage gewährten Aufſchub, Liv. III, 46. Es verſteht ſich, daß Livius das Recht ſeiner Zeit im Auge hatte.

20) L. 1 pr. D. de edendo (2, 13) vgl. mit Not. 19).

21) Plaut. Persa A. 4, sc. 9, v. 8 sq. mit Curcul. A. 5, sc. 3. Terent. Adelph. A. 2, sc. 1, v. 40 sqq.

gemachten Anzeige Aufſchub fodern, ſ. §. 113. Nach der anzuſtellenden Klage konnte auch der Betrag der Caution (quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium)[22]) ſich richten, und die Art der Verſicherung war nach genauer Beſtimmung des prätoriſchen Edicts eine verſchiedene. Es wurden dieſe vadimonia nicht einmal immer, wie es die Etymologie des Worts mit ſich bringt, und wie es bey den älteſten vadimoniis und bey den außergerichtlichen, und anfangs wohl auch immer bey den gerichtlichen der Fall war, durch Bürgen gemacht, ſondern es kamen hier auch „vadimonia pura i. e. sine satisdatione" auf [23]). So bedurfte es denn freylich rechtsgelehrter Kenntniſſe zu der für ſchwierig anerkannten Conception dieſer vadimonia[24]), bey welchen auf jeden Fall mit gehöriger Beſtimmtheit die actio feſtgeſtellt werden mußte, über welche es hernach zur Litiscontestation kommen ſollte.

§. 113.

Actionis editio *).

In jus vocatio war überhaupt der erſte, und actionis editio der erſte gerichtliche Act, durch welchen mit dem Gegner ſelbſt ein Rechtsſtreit eingeleitet wurde, und worauf ſich ſogleich oder in einem ſpätern Termine einzulaſſen, dem Beklagten nun noch immer freyſtand[1]). Denſelben be-

22) Gaj. III, 224 u. IV, 186.

23) Gaj. IV, 185. Tit. D. 2, 8.

24) Cic. ad Qu. fratr. II, 14 mit 114.

*) *Van Hees* c. 3, §. 39 sq. in Felleub. T. I, p. 535—543. *Noodt* Tit. D. de edendo, welchen nur mit veränderter Ordnung abgeſchrieben hat *Greg. Majansius* in Disputt. juris, T. II, nr. 49, p. 210—218. Harſcher v. Almendingen in Grolmans Magaz. Th. 1, S. 293—299.

1) S. §. 112 a. E. Es verſtand ſich nämlich von ſelbſt, daß man in jure damit anfangen müſſe, dem Gegner ſeinen Anſpruch zu bezeichnen, daher war von der actionis editio im prätor. Edicte wohl nur inſofern die Rede, als einerſeits instrumentorum editio damit verbunden werden mußte (§. 134), andrerſeits dem Beklag-

reits bey der Vocation mit der Klage bekannt zu machen, oder anderweitig zu benachrichtigen, daß oder wie man ihn verklagen wolle, war natürlich unverwehrt, und mehr als das leztere ist wohl unter der in den Digesten als Vorläufer der Klage erwähnten denuntiatio nicht gemeint[2]). Die editio aber ist der Act, durch welchen mit dem Beklagten zugleich der Magistrat selbst von der beabsichtigten postulatio unterrichtet wurde. Dieses edere war keiner Form unterworfen, sondern konnte gewiß in allen Perioden des Formularprozesses in beliebiger Weise geschehen, mündlich oder schriftlich (durch libellus), da es schon Labeo für hinrei-

---

ten nun noch Vadimonium zu machen gestattet wird. Aber diesen Zusammenhang übersehend, oder in der Meinung, das Vadimonium sey immer nur ehe man zum Prätor gekommen concipirt worden, haben Viele behauptet, die actionis editio sey ein der in jus vocatio vorangehender oder doch mit ihr verbundener Act, zumal da zwar in den Digesten der Tit. de edendo auf die vom in jus vocare handelnden Titel folgt, aber im Coder (2, 1) voransteht, und wohl auch im prätor. Edict vorstand, indem auch in des Paulus u. Ulpians Schriften darüber zuerst von der editio gehandelt wird. Vgl. *Cujac.* Obss. X, 10 (aber in Paratitl. in Cod. 2, 1 schwankt er), *Voorda* l. c. II, 4. *D'Arnaud* Conj. II, 9. *Arntzen.* cap. 1, in Miscell. p. 251 sqq. Almendingen S. 297 fg. Not. Allein dagegen schon *Jan. a Costa* ad §. 3 I. de poen. tem. litig. (wo ja auch gradezu das in jus vocare als der erste Schritt zum Rechtsstreite bezeichnet wird), *v. Hees* l. c., *Noodt* l. c. init. *Glück* l. c. §. 9 init. Daß man nämlich seinen Gegner mit der anzustellenden Klage vorläufig bekannt machte (Terent. Adelph. A. 2, sc. 1, v. 40) mochte freylich etwas sehr Gewöhnliches gewesen und auch vortheilhaft seyn, sofern sich der Beklagte dadurch bewegen ließ, hernach in jure keine Dilation zu verlangen, u. daraus etwa mag sich die Ordnung des Edicts erklären. Aber daß es nicht nothwendig war, geht aus den Stellen in §. 112, Not. 21), u. aus der Art, wie edirt werden konnte, geht hervor, daß es in jure geschah, man müßte denn die Worte der L. 1 §. 1 D. de ed.: „qui producat adversarium suum ad album" mit D'Arnaud wegemendiren.

2) L. 7 D. de inoff. test. (5, 2). L. 20 §. 11 de her. pet. (5, 3).

chend erachtet, nur bey dem prätoriſchen Album auf die formula hinzuweiſen, die man ſich erbitten werde (dictare) [3]. Nämlich das dictare iſt nicht grade vom buchſtäblichen Dictiren zu verſtehen [4], und die in den Digeſten erwähnte libelli datio [5] iſt keine Klagſchrift, ſondern es mußte nachher noch immer die formula ſelbſt, und zwar mündlich erbeten werden, ſ. §. 118. Die Wahl der Klage hing natürlich von dem Kläger ab [6], und die bereits edirte konnte nicht nur noch bey der postulatio emendirt, ſondern auch, ſo lange nicht res in judicium deducta war, geändert werden, indem „edita actio blos speciem *futurae* litis demonstrat“ [7]. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß nun erſt die neue actio edirt werden muß, ein neuer Aufſchub entſtehen kann, und freylich Alles auf Koſten des Klägers [8]. Die entweder an ſich oder, wie wir ſagen würden, in der angebrachten Maße unzuläſſige actio weiſ't der Prätor ſelbſt ſchon ab [9], es ſey bey der editio oder noch nachher, und nicht etwa durch ein beſonderes Decret, ſondern indem er ſchlechtweg das Gehör verſagt [10]. Während alſo bey der legis actio jeder unrichtige Ausdruck ein causa cadere zur Folge hat, ſo macht im Formularprozeß der Prätor ſelbſt auf eine noth-

3) L. 1 §. 1 de edendo, dazu die kritiſchen Angaben bey Dirkſen Beyträge, S. 315 fg.

4) *Ἐπιδεῖξαι τὴν ἀγωγήν* übertragen es die Baſiliken. Vgl. *Brisson.* v. Dictare, nr. 1 und 3 und L. 1 §. 4 f. D. quod leg. (43, 3).

5) L. 1 §. 1 cit. L. 7 D. cit.

6) Cic. pro Caec. c. 3. S. Not. 12), 13).

7) L. 3 C. ht. (2, 1). — §. 35 I. de actt. L. 4 §. 3 D. de nox. actt. (9, 4), vgl. mit §. 120, Not. 11) und §. 146, bey Not. 8). — *Noodt* Tit. de edendo fin. — H. Bayer üb. die Aenderung des Klaglibells, Landshut, 1819, S. 31 fgg.

8) Arg. L. 79 pr. de jud. (5, 1).

9) L. 27 pr. D. de V. O. Officio *Praetoris* continetur ex hujusmodi (nämlich ſchändlichen) obligationibus actionem denegari.

10) Mittermaier im Archiv f. civ. Pr. Bd. 5, H. 3, S. 356—358.

wendige Abänderung aufmerksam [11]), und der blos unrichtige Ausdruck in den Aeußerungen der Partey ist schon darum unschädlich, weil Alles auf die formula ankömmt, die aber der Magistrat concipirt. Nur erst unter mehreren an sich zulässigen Formeln und Fassungen wählt der Kläger, welcher aber auch eventuell um mehrere formulae bitten darf [12]), und insofern ist es ihm denn freylich selbst überlassen richtig zu klagen, damit er nicht causa cadat d. h. alsdann beym Richter abgewiesen werde [13]). Allein die blos unrichtige editio als solche schadet in der Sache selbst noch keineswegs [14]). Der Beklagte seiner Seits edirt aber nicht ebenfalls auch exceptionem [15]), sondern behält sich,

---

11) L. 3 C. cit. — L. un. C. ut quae desunt (2, 11).

12) L. 1 §. 4 D. quod leg. (43, 3) — — quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat, nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Vgl. §. 11.

13) Cic. de inv. II, 19: „— ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quinct. I. O. III, 6, nr. 69. Quinct. Declam. 350. S. §. 49 bey Not. 5).

14) Die Consult. c. 4 beruft sich auf ein Rescript von Diocletian (bey Schulting Tit. 5, C. 2 Cod. Herm.), wonach „Quotiescunque ordinatis actionibus aliquid petitur, ideo petitor cogitur specialiter genus litis edere, ne plus debito aut eo, quod competit, postuletur. Sive itaque fideicommissum, sive fundus etc. — petatur, specialiter designari debet petitionis summa l. quantitas, cum genus litis editur, denn pluris petitio zöge Verlust des Prozesses nach sich." Hier heißt ordinatis actionibus nicht, wie es die Ausleger verstehen, formula data in judicio ordinario, zumal da auch fideicommissi petitio genannt wird, und edere ist mit postulare synonym gebraucht, als der wirkliche Antrag nachdem bereits die actio ordinirt, d. h. das einleitende Vorverfahren (in jus vocatio u. editio im techn. Sinn, oder denuntiatio) vorangegangen. Das causa cadere ist also nicht Folge der editio als solcher, sondern der wirklichen postulatio, nur daß hier schon gar nicht vom ordo judiciorum die Rede war.

15) Davon wird nirgends etwas angeführt, u. die Worte ac-

wenn er vadimonium macht, seine Defension bis zu dem andern Termine vor, wo erst das wirkliche und beyderseitige agere, zur Feststellung des Judiciums, beginnt.

§. 114.

Beschaffenheit des Vadimoniums.

Jenes der actionis editio folgende, also das in jure unter der Leitung des Magistrats [1]) zu Stande gekommene Vadimonium mußte, wie das außergerichtliche, die Zeit [2]), und, wo er sich nicht von selbst verstand, auch den Ort des Sistirens bestimmen, z. B. bey einer Localobrigkeit oder in den Provinzen, daß man sich in Rom stellen wolle [3]), oder wenn die Obrigkeit ihrer Incompetenz wegen nur das Vadimonium anordnet, sich bey der competenten Behörde zu stellen [4]), zu welcher Cautionsleistung z. B. auch diejenigen verpflichtet sind, welche das jus revocandi domum geltend machen [5]). Auf die Zeitbestimmung influirt freylich zunächst die Entfernung des Ortes [6]). Sie hing übrigens von der Convenienz der Parteyen ab, wurden sie nicht einig, von

tionis verbo non continetur exceptio in L. 8 §. 1 de V. S. sind aus des Paulus lib. 3 ad Edict., wo er de edendo gehandelt.

1) L. Gall. Cisalp. c. 21 f. — Durch eine Stelle des Dichters (Plaut. Aulul. A. 2, sc. 4, v. 38—40) verleitet, hat man oft behauptet, es müsse erst venia vadandi nachgesucht werden. Aber die dort weinend vorgebrachte Bitte, „ut sibi liceret Milvium vadarier", kann ja auch heißen, der Prätor möge die Sache doch jezt, ohne Aufschub, insoweit vornehmen, daß es doch zum Vadimonium kömmt.

2) Gaj. IV, 184. Acron. ad Hor. Sat. I, 1. Cic. pro Qu. c 7. Gell. VII, 1 f. — Val. Max. III, 7, nr. 1: vadimonia in posterum diem facere jussit. Arg. L. 115 pr. D. de V. O. (45, 1). *Voorda* c. 3, §. 4.

3) Gell. l. c. Cic. pro Tull. c. 16 ed. Cr., c. 20 ed. H. Cic. pro Quint. c. 5. Epit. Liv. 86: „vadimonia Romam differri jussit."

4) Arg. Cic. Verr. III, 15.

5) L. 2 §. 6 D. de jud. (5, 1).

6) L. 1 D. si quis caut. (2, 11).

Digitized by Google

dem Willen des Klägers, nur daß die Obrigkeit es hindern durfte, daß der Termin zu kurz gesezt wurde[7]). Verlängerung (differre vadimonium), bey dem gerichtlichen unter prätorischer Vermittlung, war durchaus zulässig [8]), und konnte auch von der Obrigkeit selbst angeordnet werden [9]). Im prätorischen Edicte waren die Gründe verzeichnet, aus welchen man ohne oder mit Bürgschaft (§. 112) caviren mußte, wann eidlich, und wann so, daß „qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur“ [10]). Allein wir wissen darüber Weniges. Indessen, ob man satisdiren müsse oder nicht, das hing wohl hier von denselben Grundsätzen ab, wie bey andern Cautionen [11]). Die Inhaber von Immobilien, possessores (so hat wohl das Edict sich ausgedrückt, die prätorisch Berechtigten mit umfassend) sind frey von Satisdation [12]), machen also vadimonium purum [13]), sofern nur die ganze Bestimmung hierher gehört [14]). Für diejenigen, welche das jus revocandi domum geltend machen, ist das Leztere gewiß [15]). Allein auch wo die satisdatio nicht necessaria (durch das Edict vorgeschrieben) war, da konnte man freywillig Bürgen stellen

7) L. 8 pr. D. qui satisd. (2, 8), dazu *Cujac.* Obss. XXII, 26 u. *Glück* in opuscc. p. 349, not. 2).

8) Cic. pro Qu. c. 6, ad Att. II ep. 7, ad div. II, ep. 8.

9) Epit. Liv. l. c. L. 26 §. 4, 7 D. ex quib. causs. maj. (4, 6).

10) Gaj. IV, 185.

11) So finden sich in Tit. D. 2, 8 Stellen, welche nicht auf die cautio judicio sisti, sondern judicat. solvi, auf die Satisdation des Vormunds u. s. w. gehn, z. B. L. 8 §. 2 sqq. S. *Schulting* ad Paul. I, 11, §. 1.

12) L. 15 pr. qui satisd. (2, 8). Wer dazu gehört: L. 15 cit. §. 1 sqq.

13) Ob sie aber nicht zu juratorischer Caution gehalten waren, ist sehr bestritten. S. Glück Comm. Bd. 3, S. 460 fgg. Not. 28).

14) Denn nach der Ueberschrift geht die L. 15 auf die Caution bey Appellationen. *Voorda* c. 3, §. 8.

15) L. 2 §. 6 de jud. (5, 1).

Digitized by Google

(voluntaria satisdatio), welchen jedoch die Exception, daß der Cavent die Satisdation aus Irrthum für nothwendig erachtet, zur Seite ſteht, grade ſo, wie wenn irrthümlich auf eine höhere Summe als nöthig iſt, cavirt worden [16]). Aber nur bey necessaria satisdatio konnte, wer (de calumnia) ſchwört, daß er nicht hier, aber anderwärts die Bürgſchaft bewirken könne, den Gegner nöthigen, daß er ſich's gefallen laſſe [17]). Eidliche Caution [18]) trat vielleicht da ein, wo man ſie freywillig ſtatt der Bürgſchaft annahm [19]). Zur Prüfung der Qualität der Bürgen konnten arbitri ernannt werden [20]). Einem recuperatorium judicium konnte man ſich etwa auch bey dem mit Bürgſchaft oder Eid eingegangenen Vadimonium unterwerfen [21]). Wer noxaliter belangt, den Sclaven wirklich vertheidigen, alſo den Prozeß auf ſich nehmen will, der kann doch die Clauſel in das Vadimonium aufnehmen, daß er vorerſt den Sclaven ſelbſt ſtellen wolle. Alsdann aber muß er nach prätoriſchem Edict „in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec judicium accipiatur," d. h. er muß dafür ſorgen, daß bis zur Litisconteſtation die Lage des Klägers hinſichtlich des Sclaven nicht verſchlimmert werde [22]). Wen man übrigens ohne venia praetoris nicht in jus vociren durfte (§. 111), den konnte man auch nicht zwingen, Vadimonium zu machen, ohne daß etwa auch dieſes vom Magiſtrat geſtattet wurde [23]).

---

16) L. 4 §. 5 D. si quis caut. (2. 11).
17) L. 7 §. 1, L. 8 §. 5 D. eod.
18) S. noch L. ult. D. qui satisd.
19) *Voorda* l. c. §. 8 fin.
20) L. 9, L. 10 pr. §. 1 D. qui satisd.
21) Zenger, S. 34 fg.
22) Tit. D. si ex noxali causa agatur, quemadm. caveatur (2, 9).
23) Gaj. IV. 187.

§. 115.

Wirkung des Vadimoniums*).

Fanden sich die Parteyen ihrer, in jure oder vorher, getroffenen Verabredung gemäß ein[1]), so ist der Zweck der Vadirung erreicht, und es trat das §. 118 zu beschreibende Verfahren ein. Wahrscheinlich ließ der Prätor, sobald die Sache an die Reihe kam, wie bey jeder vor ihm zu verhandelnden und auf einen bestimmten Tag verwiesenen Sache, die Parteyen durch öffentlichen Aufruf vorfodern, *citare*[2]). Bleibt nun der Kläger aus, so scheint, wenn wenigstens der Beklagte sich eingefunden, Verlust des Prozesses (causa cadere) die Folge gewesen zu seyn[3]). Restitution konnte freylich gewiß sehr leicht erlangt werden. Dagegen erst wenn der Kläger sich seiner Seits gestellt hat, erwachsen ihm Rechte aus der Desertion des Vadimoniums, d. h. daraus, daß der Beklagte an dem festgesezten Tage ausgeblieben[4]). Er kann nämlich jezt ex stipulatu klagen, es sey gegen seinen Gegner selbst[5]) oder gegen die Bürgen, nach Maßgabe der poena promissa. Diese konnte auf certa quan-

*) *Vultejus* de judiciis II, 6. *v. Hees* p 549—562. *Voorda* c. 4. Zenger S. 60—90.

1) Sistere se, oder sistere, obire vadimonium, z. B. Cic. pro Qu. c. 5 f. c. 6. In der Darstellung bey Plaut. Curc. A. 1, sc. 3, v. 5 sqq. haben Viele das Bild des wirklichen Verfahrens finden wollen.

2) L. 7 pr. D. de in int. rest. (4, 1). L. 23 pr. D. de jud. (5, 1). — *Brisson.* v. Citare, de formul. V, 191. — *Duaren.* Disputt. I, 7 in opp. p. 1031 ed., Francof. 1607. *Raevard* Protrib. c. 2.

3) Hor. Sat. II, 9, v. 34 sqq. Suet. Calig. c. 39 u. die Analogie des späteren Rechts, §. 143. Indessen sind hier die Meinungen sehr verschieden. Vgl. *Pollet.* V, 3. *Raevard.* Protrib. c. 9. *Sigon.* de judic. I, 21. *Salmas.* de modo usurar. c. 16. *v. Hees* §. 49, p. 557 sqq. *Voorda* IV, 2. *Glück* opuscc. p. 367, not. 69. Zenger S. 61—69.

4) L. 10 §. 1 D. si quis caut. (2, 11). Cic. pro Qu. c. 6.

5) Senec. de benef. IV, 39 fin.

Digitized by

litas, oder unbestimmt auf quanti ea res erit gestellt seyn [6]). Jenes war insbesondere dann der Fall, wenn man sich deshalb einem recuperatorium judicium unterwerfen zu wollen cavirte [7]). Bey judicati und depensi actio betrug die Summe ohne Weiteres soviel, als die Hauptfoderung selbst, nur bey den übrigen Klagen mußte man 1. zuvor schwören, daß man nicht aus calumnia sein Interesse so hoch taxire, und durfte sich 2. dennoch nicht über eine gewisse [8]) Summe hinaus Vadimonium machen lassen [9]), außer wissentlich und mit beyderseitiger Convenienz [10]). Hatte man nun aber blos ein incertum versprochen, so mußte man sein Interesse, und zwar dasjenige nachweisen, welches man zur Zeit, „quo sisti debuit," hatte [11]). Es ist also die vom Prätor gegen den Bürgen auf quanti ea res erit gegebene Klage von dem erweislichen Interesse (veritas, vera quantitas, im Unterschiede von einer certa quantitas) verstanden worden, welches mehr betragen kann, als die eingeklagte Summe, aber auch weniger, z. B. Nichts, wenn man calumniator war [12]). Ueberhaupt besteht die actio ex stipulatu nicht, wenn die Hauptklage unwirksam ist, und wird, wenn diese nach der committirten Stipulation ihre Wirksamkeit verliert, oder wenn man noch mit derselben seinen Zweck erreicht hat, durch Exception entkräftet, sowie offenbar nicht auch noch

---

6) L. 2 §. 5 D. qui satisd. cog. L. 12 §. 1, L. 14 D. si quis caut. Gaj. III, 224. IV, 186.

7) Gaj. IV, 185 mit III, 224.

8) Ueber welche? Nach Gaj. p. 251, l. 8—l. 10 scheinen es 100000, u., wenn der Gegenstand selbst nicht mehr beträgt, 50000 Sesterz. zu seyn. Vgl. *Heffter* ad Gaj. IV, 186 u. Obs. ult.

9) Gaj. IV, 186. 10) L. 4 §. 5 D. si quis caut.

11) L. 12, 14 D. citt.

12) L. 2 §. 5, L. 3 D. qui satisd. L. ult. D. si quis in jus voc. (2, 5) vgl. mit L. 5 §. 1 D. ne quis eum (2, 7), wo umgekehrt „non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est."

Digitized

die Hauptklage durchgehen kann, wenn man mit der Stipulationsklage zum Ziel gekommen ist [13]).

§. 116.

Fortsetzung. (Mission. Entschuldigungsgründe.)

Nächst der vorgenannten aus dem Wesen des Vadimoniums selbst folgenden Wirkung konnte die Desertion auch noch eine andere Folge haben, seitdem der Prätor edicirt hatte, daß er in die bona dessen, welcher sich dem Versprechen gemäß nicht stellte und nicht vertheidigt werde, eine Mission ertheilen wolle [1]). Von den nachtheiligen Folgen einer solchen Mission war früherhin die Rede. Daß nicht dem Edicte gemäß Besiz ergriffen worden, d. h. nicht unter vorangehender Beobachtung aller im Edicte vorgeschriebener Erfodernisse, das durfte dann freylich die des Besitzes entsezte Partey nachzuweisen unternehmen [2]). Es konnte darüber per sponsionem („ni ex edicto Praetoris rel.“) prozessirt werden [3]). Auch gegen den, welcher sich der in jus vocatio selbst entzieht, wird die missio verhängt [4]), und gegen den, welcher Vadimonium zu machen, und doch auch auf den Rechtsstreit einzugehen, gradezu verweigert [5]). Offenbar war die missio ein Rechtsmittel für alle die Fälle, in welchen es Jemand unmöglich macht, einen Prozeß gegen ihn einzuleiten. Denn ist einmal eine Sache bis zur wirklichen Prozeßeröffnung, d. h. zur Litiscontestation, gediehen, dann aber auch dann erst konnte troz der Abwesenheit ein verurtheilen-

---

13) L. 2 pr. L. 5 §. 1, 3, L. 8, L. 10 pr. §. 2 D. si quis caut. *Vultejus* de jud. II, 6 nr. 20 sqq. Zenger S. 70 fg.

1) S. §. 77. Es kann nicht bezweifelt werden, daß auch bey dem vadimonium sine satisdatione dieselbe Folge eintrat, *Stieber* de bon. emtione, p. 40.

2) Daher die Klage bey Cic. pro Qu. c. 2, daß seine, die dejicirte Partey, nun die Rolle des Klägers übernehmen müsse.

3) Cic. pro Qu. c. 8, 9, 27.

4) L. 19 D. de in jus voc. (2, 4).

5) L. Gall. Cisalp. c. 21, l. 11; c. 22, l. 37.

Digitized by Google

des Erkenntniß gefällt werden [6]). — Uebrigens so wie gegen den, welcher den in jus vocatus vi eximit (§. 111), so hat der Prätor auch ein Edict erlassen gegen die, welche dolo malo bewirkt haben, daß man das Vadimonium nicht erfüllen konnte [7]). Es entsteht dadurch eine Annalklage [8]) auf das Interesse [9]), d. h. nicht grade auf den Betrag der Hauptklage, sofern diese nicht selbst in Folge der unterbliebenen Sistirung auf immer verloren gegangen [10]), aber wenigstens auf die dadurch entstandenen Kosten u. dgl., sowie die Klage denn auch vom Beklagten angestellt werden kann [11]). Ueberhaupt gab es natürlicher Weise der Hindernisse genug, um derentwillen wer sich nicht sistirte, durch exceptio gedeckt war. Es scheint nicht, als wenn dergleichen, wenigstens einzeln, im Edicte verzeichnet waren, sondern die Sache blieb der Doctrin überlassen [12]), welche unter anderem das, was schon in den 12 Tafeln das Nichterscheinen beym Judex entschuldigt, analoger Weise berücksichtigt hat [13]).

§. 117.

Ob die Vadimonia abgekommen? *) und die denuntiationes.

Wenn mit Vermeidung der Vocation und des Vadimo-

6) Einige ältere Juristen, wie *Vultejus* de judiciis, p. 358 sq. lassen hier das Verfahren durch die drey Edicte eintreten, u. so gibt auch Schweppe Rechtsgesch. §. 556 a. E. dem Kläger die Wahl, ob er Missionverlangen, oder auf ein Erkenntniß in Abwesenheit dringen wolle, welche Meinung, und daß endlich durch Letzteres die Missionhier ganz verdrängt worden, Zenger S. 78 fgg. ausführlich zu vertheidigen sucht. S. aber §. 136.

7) D. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2, 10).

8) L. 1 §. 6 eod.

9) L. 3 pr. §. 1 eod. L. 3 D. si quis caut. (2, 11).

10) L. 3 pr. §. 1 cit. Zenger, S. 88 fgg.

11) L. 1 §. 3, L. 3 §. 2 D. eod.

12) S. Tit. D. si quis cautionib. Senec. de ben. IV, 39 f. „— — vis major excusat.“ — *Voorda* IV, 6.

13) L. 2 §. 3 D. eod. S. §. 112, Not. 2).

*) *Voorda* cap. 5. *Glück* §. 15. Zenger S. 90—94.

gitized by Google

niums zur Verhandlung de lite contestanda ohne Weiteres geschritten werden konnte, so war es bequem für beyde Theile. Nun aber hing es wirklich nur von ihnen selbst ab, ob sie sich am bestimmten Tage vor den Magistrat zu treten mit einander vereinbaren wollten. Denn vocirt brauchte ja nicht zu werden, wer sich von selbst einfand, und Frist nicht zu erwirken, wer mit der Klage vorher bekannt, zur sofortigen Behandlung vorbereitet war. Daß also hin und wieder solche Privatbenachrichtigungen und Verabredungen (denuntiationes [1])) vorkommen mochten, versteht sich ganz von selbst [2]). Wird es aber zur Pflicht gemacht, daß derjenige, welcher über die gegen ihn zu erhebende Klage gehörig unterrichtet worden, nach einer von dieser Benachrichtigung an zu berechnenden Frist erscheinen, und dann, ohne erst Vadimonium machen zu dürfen, sogleich sich einlassen müsse, so ist ein solches Recht dem Kläger vortheilhaft, und auch dem wohlverstandenen Interesse des Beklagten gemäß. Das ist nun offenbar der Sinn von Marc Aurel's Verordnung [3]),

---

1) Denuntiationes, in der alten Sprache condictiones, Anmeldungen, Ankündigungen, Verabredungen, kamen zu den verschiedenartigsten Zwecken vor, schon bey den legis actiones, so bey der sacramenti actio (Gaj. p. 193, l. 8), bey der judicis postulatio u. bey der danach benannten condictio (§. 42, 43); nach concipirter Formel, um sich beym Juder einzufinden (§. 112, Not. 1)); bevor man in jus vocirte (§. 113, Not. 2)); in anderen, mit Eröffnung oder Festsetzung eines Rechtsstreits vorläufig gar nicht zusammenhängenden Absichten, wie die litis denuntiatio bey drohender Eviction, die denuntiatio ex Scto Claudiano (Bd. 1, §. 199), die vor Veräußerung des Pfandes u. s. w. — *Brisson.* v. Denuntiatio. — *Cujac.* Obss. VII, 15. *J. Gothofred* in Cod. Th. T. I, p. 112. *Glück* l. c. p. 355 sqq Mühlenbruch Cession, 2te A., S. 65 fgg.

2) Sie gelten schon als Präparation des Prozesses, L. 7 D. de inoff. test. (5, 2).

3) Es erzählt näml. Victor de Caesarib. im Leben des Marcus (c. 16): „Legum ambigua mire distincta, vadimoniorum solemni remoti (l. remoto, s. *Gruter* ib. und *Goth.* l. c.) denunciandaeque litis, operiendaeque (l. aper. mit Zenger S. 93) ad diem com-

welche also einerseits die Vadimonia nicht aufgehoben hat, die bey unterbliebener Denuntiation nach wie vor eingegangen werden konnten, und andererseits die Denuntiationen nicht eingeführt, sondern nur dem Kläger das Recht gegeben hat, durch ein solches auch vorher schon vorgekommene Mittel, der Weiterung nämlich dem Vadimonium ausweichen, und mithin die Prozeßeröffnung an dem bestimmten Tage bewirken zu können [4]). Die Vadimonia selbst, wenn auch in Justinians Compilation der Name, sind nie verschwunden, weder die außergerichtlichen, noch die gerichtlichen, so wenig wie die Vocation, am wenigsten im Formularprozesse, der uns hier allein angeht. Die Denuntiationen sind aber allerdings, und vielleicht in Folge der Marcischen Verordnung, häufiger und unter den christlichen Kaisern sogar eine nothwendige Förmlichkeit geworden, wovon bey Schilderung des Prozesses dieser spätern Zeit die Rede seyn muß (§. 143).

mode jus introductum." Das verstehn nun Viele mit J. Gothofred so, als habe Marcus die denuntiationes hier eingeführt, aber L. 7 D. cit. beruft sich auf Pius und L. 20 §. 11 de her. pet. geht auf Hadrians Zeit, s. *Voorda* §. 4. — Andere so, als seyen die vadimonia aufgehoben worden, allein selbst dieser Name kömmt noch bey Paulus vor in Coll. II, 6 u. aus Theodos II Zeit bey Amm. Marcell. XXX, 4. u. ist in des Gajus Institutionen so gangbar, daß es gewiß nicht unmittelbar hernach abgeschafft worden, zumal da die Sache noch zu Justinians Zeit bestand. Das hat schon Voorda ausgeführt, ohne jene Stelle zu erklären. Zenger endlich meint, gewisse Förmlichkeiten beym gerichtlichen Vadimonium seyen weggefallen (aber welche? da auch vorher nur geschah, was nöthig war), u. die eingeführten denuntiationes sollten die Edicte beym Contumacialverfahren vertreten. Allerdings sind auch da Denuntiationen aufgekommen, aber daß diese nicht hierher gehören, ist schon §. 116, Not. 6) angedeutet worden, s. §. 136.

4) So lautet wörtlich Victors Nachricht: „Mit Vermeidung des solennen Vadimoniums sey der Kläger berechtigt worden, das bequemere Mittel der litis denuntiatio und dadurch auf den festgesezten Tag zu bewirkenden Prozeßeröffnung zu gebrauchen."

III. Litiscontestation *).

§. 118.

Formeller Character.

Die edirte und verlangte[1]) actio, d. h. formula, wurde, es sey sogleich, oder wenn Vadimonium concipirt worden, in dem spätern Termine, entweder ertheilt und damit zugleich der Judex ernannt, oder aber als unzulässig ver-

*) *C. G. de Winckler* Discrim. inter litis contestationem jure veteri ac hodierno, et utriusque effectus, Lips. 1751, sect. I, II, in opuscc. min. Vol. I, p. 295 sqq. *Glück* l. c. c. 2, sect. 1, §. 16, in opuscc. Fasc. II, p. 370 sqq. *Jo. Chr. Fr. Vossler* (praes. Malblanc) de litis contestatione Romanor., Tub. 1808. 4 C. L. Goldschmidt über Litisconteſt. und Einreden, S. 5—14. F. L. Keller über Litisconteſt. u. Urtheil, Zürich 1827.

1) Dem Begriffe nach ist die editio als die bloße Angabe der Formel, welche man verlangen will, von deren wirklicher postulatio verschieden. Aber auch das unmittelbare Postuliren ist eine Form des Edirens, und umgekehrt jede beym Magistrat vorgenommene Edition kann vorläufig als postulatio betrachtet werden, da offenbar das Eine so wenig als das Andere an eine Form gebunden war, s. §. 113. So wird das editum nicht von einem postulirten interdictum unterschieden, weil der Prätor ohne dazwischen liegende Frist sogleich interdicirt (§. 71). Früherhin hat man aber die actionis postulatio für einen eigenthümlichen prozessualischen Act gehalten, für die Bitte, bey dem Prätor klagend auftreten zu dürfen (ut sibi liceret actionem intendere), u. nur darüber gestritten, ob sie der actionis editio vorangehe, §. 113, Not. 1), oder folge, so *Bretus* ordo judicior. c. 24 und aus ihm *v. Hees* l. c. c. 3, §. 41, *Glück* l. c. p. 326 sqq. u. Viele. Dagegen hat sich aber schon Goldschmidt S. 7 fgg. erklärt, obwohl dafür wiederum Löhr Uebersicht der Constitt., H. 2, S. 51 fg. Für die einer causae cognitio bedürfende Ertheilung unterscheidet sogar jezt noch Mühlenbruch Ceſſ. 2te A., S. 155 zwischen förmlicher impetratio oder simpler postulatio. Man beruft sich auf L. 1 pr. D. de postul. (3. 1), wo aber nur von den postulirenden Personen die Rede ist, s. §. 1 ibid., auf Cic. orat. part. 28. Aber daß über die Zulässigkeit einer postulirten actio erst noch ge-

weigert: actionem, formulam, judicium dare [2]), von des Klägers Seite impetrare [3]), und im andern Falle: denegare [4]). Postulare wird jedes an den Magistrat gebrachte Suchen genannt [5]), und auf die actionis (judicii, judicis, arbitri) postulatio [6]) erfolgte die Gewährung bald causa cognita [7]), bald ohne Weiteres [8]), aber in keinem Falle durch ein besonderes Decret, sondern eben schlechthin durch Conception der Formel, jedoch immer erst nach Anhörung bey-

---

stritten wird u. causae cognitio nöthig ist oder nicht, das hat ja darum noch keinen Einfluß auf die Art des postulare u. des immerhin nur in Conception der Formel bestehenden impetrare. Endlich u. im Grunde allein auf Ciceros Aeußerung (de inv. II, 19): „ubi (in jure) et exceptiones postulantur et *quodammodo agendi potestas datur*." Allein danach müßte man also auch eine besondere exceptionis postulatio annehmen, ferner zeigt das quodammodo schon das Uneigentliche der Bemerkung, mit welcher endlich das grade durch die ertheilte Formel selbst erst möglich gemachte eigentliche agere, nämlich vor dem Juder, gemeint ist, s. Note 11).

2) Ausdrücke, die gleichbedeutend sind, z. B. L. 3 pr. de sep. viol. (47, 12), L. 6 de inj. (47, 10). L. 51 §. 1 fam. erc. (10, 2). aber zu unterscheiden von litem (pro oder secundum aliq.) dare, was auf das Endurtheil geht, *Cujac.* Obss. VI, 27.

3) Z. B. Coll. XII, 5. L. 51 §. 1 cit.

4) Vgl. *Brisson.* v. Actio, nr. 5; v. Denegare; de formulis V, 10 sqq., 108 sq.

5) *Brisson.* v. Postulare.

6) „Postulare, ut judicium detur", sagt einmal Cic. Verr. III, 65.

7) Causa cognita judicium oder actionem dabo, heißt es so oft in den prät. Edicten, s. *Briss.* de form. V, 108, u. das wirkliche Gewähren wird auch durch indulgere, permittere, tribuere, accommodare u. s. w. bezeichnet, s. *Pithoeus* ad Coll. l. c. bey Schulting, Not. 49).

8) Es kömmt darauf an, ob sich entweder das Edict selbst noch causae cognitio vorbehalten, oder ob die postulirte Klage gar nicht auf dem Buchstaben des Edicts beruht, u. insofern ihre Zulässigkeit in hypothesi der magistrat. Beurtheilung anheim gegeben ist.

Digitized by Google

der Theile, der rei, wie sie früherhin hießen[9]). Es konnte nämlich nicht blos durch factische Zugeständnisse die weitere Fortsetzung des Streits sogleich verhindert werden, s. §. 49, sondern der Beklagte konnte auch die rechtliche Zulässigkeit der actio selbst bestreiten, oder exceptionem (d. h. exceptivische adjectio) postulare, diese wiederum der Kläger anfechten, und folglich judicium purum postulare, oder um eine replica nachsuchen, der Beklagte eine duplicatio vorbringen u. s. f. Mit dieser kurzen und mündlichen Verhandlung pro tribunali mußte ferner die Vereinbarung der Parteyen über die Person des Judex in der §. 10 geschilderten Weise verbunden werden[10]). Demzufolge war „de constituendo judicio" das Verfahren eröffnet worden[11]), und mit seiner Beendigung[12]) judicium constitutum[13]), res in judicium deducta[14]), lis contestata[15]). Freylich bezeichnet

9) Fest. v. contestari. Aelius Gallus bey Fest. v. Reus. — Cic de orat. II, 43, 79.

10) Vgl. überh. Cic. or. part. 28, de inv. II, 19, in Verr. III, 65. Auct. ad Her. I, 12 sqq., II, 12 sqq. — *Brisson.* ll. cc.

11) Ante judicium, sagt Cic. or. part. l. c, d. h. ehe vor dem Judex gestritten wird, de constituendo ipso judicio solet esse contentio, dasselbe, was er auch de inv. II, 19 sagt, s. Not. 1) a. E.

12) Mit der Not. 1) gerügten Ansicht von impetratio actionis hängt auch die sonst sehr gewöhnliche Meinung zusammen, als gehe diese datio dem eigentlichen Vortrag in jure voran, oder mit andern Worten, als folge erst auf die impetratio noch ein ausführlicher Parteyvortrag bey dem Magistrate — da vielmehr mit der datio, so wie mit der denegatio, d. h. mit Gewährung oder Versagung der judicis u. formulae datio das Verfahren vor dem Magistrate zu Ende ist, was im Wesentlichen schon Goldschmidt S. 11 fg. vertheidigt hat.

13) Cic. ll. cc. u. pro Caec. c. 3. L. 42 pr. D. de m. c. d. (39, 6): „bonae fidei judicio constituto."

14) L. un. C. de litiscont. (3, 9), die rei in jud. ded. exceptio, s. §. 120, ferner L. 31 D. de jud. (5, 1). L. 2 C. de pet. her. (3, 31).

15) Cic. pro Rosc. C. c. 11: „Lite contestata, judicio

Digitized by Google

der lezte Ausdruck jezt nur noch den idealen, d. h. nicht mehr durch Zeugenaufrufung markirten Endpunct des Verfahrens vor dem Magistrate[16]), und litis contestatio und litem contestari um so mehr dieses Verfahren selbst[17]). Denn die Zeugenaufrufung war als formelles Zeichen der Beendigung überflüssig, seitdem ein solches durch die Conception der Formel gegeben war, die auch den Namen des Judex an der Spitze trägt (§. 8), und materiell zwecklos, insofern eben die Formel das Resultat der Verhandlung in sich aufnahm, und das, was etwa noch außerdem (z. B. Einräumung über Puncte, die nicht in die Formel aufgenommen wurden) der richterlichen Berücksichtigung überliefert werden durfte[18]), theils durch den Magistrat selbst bezeugt, theils aber auch nun nach und nach schon ad acta genommen werden konnte[19]). Daß dennoch allenfalls die contestatio aus dem ältern Verfahren in das per formulam für die erste Zeit übergegangen, wäre immerhin möglich[20]); gewiß aber ist, daß es dann wenigstens nicht lange geblieben, da nicht nur jede Spur davon verschwunden[21]), sondern es sogar nöthig schien, den Zeitpunct der contestata lis wissenschaftlich zu fixiren[22]).

§. 119.

Fortsetzung, und translatio judicii.

Ursprünglich hat man das beyderseitige Handeln durch

damni injuria constituto." Gaj. III, 180, 181. L. 16, 17 D. de proc. (3, 3). L. 25 de R. V. (6, 1). L. 25 §. 8 de Aed. ed. (21, 1).

16) Keller S. 7 mit ob. §. 109.

17) Die Stellen gesammelt bey Keller S. 8, Not. 3).

18) L. 18 § 2 D. de pr. b. (22, 3).

19) Hefftter Institt. S. 281 fg.

20) S. überh. Keller S. 4 fgg.

21) Die Stelle bey Fest. v. contestari ist die einzige, welche der Sache gedenkt, u. im Grunde nicht als einer wirklich existirenden Form, sondern nur als einer solchen, aus welcher der Name litiscontestatio entstanden, Keller S. 10.

22) L. un. C. de litis contestatione (3, 9). Keller S. 12.

Digitized by Google

litem contestari bezeichnet[1]), und auch in der Folge den Ausdruck zwar vorzugsweise vom Kläger, der ja zu dem Verfahren die erste Veranlassung gibt, aber schwerlich von einer einseitigen Handlung desselben gebraucht, indem er vielmehr litem *cum reo* contestatur[2]), sowie hin und wieder auch vom Beklagten gesagt wird: litem contestatur[3]). Von diesem heißt es aber gewöhnlich: actio cum eo constituitur[4]), und cum altero (dem Kläger) litem contestatam habet[5]), lis in eum oder cum eo contestata est[6]), und ferner judicium, actionem accipit, suscipit u. s. f., d. h. er läßt es zur judicii constitutio kommen[7]). Auch ist am Ende von exceptionem contestari die Rede[8]), was aber auch nicht schlechtweg das Opponiren der Einreden bezeichnen kann, sondern das Veranlassen des Wechselverfahrens über die Einreden. Judicium acceptum[9]), contestatum, inchoatum und ebenso lis inchoata, coepta, bedeuten immer nur dasselbe[10]). Ueber das so eben eingeleitete judicium, also über

---

1) Fest. v. Contestari.

2) Cic. pro Rosc. C. c. 11, Gell. V, 10. L. 10 f. D. si quis caut. (2, 11). L. 28 D. de nov. (46, 2). *Briss.* v. Litiscontestatio. *A. G. Cramer* supplem. ad Briss. sp. 1, Kil. 1813, v. Accipere.

3) Cic. ad Att. XVI, 15, dazu Keller S. 470 fg. L. 32 §. 9 de rec. (4, 8).

4) Gaj. IV, 87.

5) Fest. v. Reus. Cic. pro Rosc. C. c. 12.

6) L. 14 de his qui not. (3, 2). L. 11. pr. de pign. act (13, 7). L. 3 §. 10 jud. solv. (46, 7).

7) Cic. pro Quinct. 26. Gaj. IV, 87. L. 8 §. 3, L. 16 D. de proc. (3, 3). L. 9 §. 3 D. de dolo (4, 3). L. 28 §. 2, L. 34 D. de jud. (5, 1). L. 40 pr. de her. pet. (5, 3). L. 35 §. 2 de jurej. (12, 2). L. 9 D. de V. O. (45, 1).

8) So L. 8, 9 C. de exc. (8, 36).

9) Daß es synonym mit lis contestata: z. B. L. 73 de proc. (3, 3). L. 40 pr. de her. pet. L. 25 de R. V. (6, 1). L. 31 pr. de R. C. (12, 1). L. 25 §. 8 de Aed. ed. (21, 1). L. 1 §. 1 de litig. (44, 6). L. 29 de nov. (46, 2).

10) Keller S. 69, u. unt. §. 124.

Digitized by Google

Etwas, was nur der Magistrat thun kann, mithin in jure, wurden ehemals die Zeugen aufgefodert, und nachher[11]) war es eben dieses Verfahren selbst, was im weitern, seine Beendigung, was im engern Sinn die Litiscontestation ausmachte[12]), und sowie diese selbst durch edita actio, so wird das wirkliche judicium durch contestata lis eingeleitet[13]). Die Folgen einer mit Unrecht verweigerten Einlassung ergeben sich aus §. 115 fg., und insofern ist auch oft davon die Rede, daß „praetor judicium accipere cogit," d. h. Jemand

11) Einer Relation u. Critik der früheren Ansichten überhebt die vortreffliche Behandlung dieses Gegenstandes bey Keller S. 15 fgg. Meistens hat man in beyderseitigen feyerlichen Erklärungen das Wesen der Lit. Cont. gesucht, wenn man auch übrigens annahm, daß es in jure geschehen, so vorzüglich *Winckler* p. 296 sqq. u. mit ihm *Glück*, p. 365 sqq. Unter denjenigen, welche die L.C. für den ersten Act in judicio hielten, ist Goldschmidt S. 13—17 der wichtigste Vertheidiger. Dagegen schon J. T. B. Linde Abhh. aus dem Civilproz. Bd. 1, Bonn 1823, S. 11 fgg. Für eine förmliche Schlußhandlung in jure hält sie Hefftter Instit. S. 281. Der Wahrheit näher kam schon *Jan. a Costa* Comm. ad Decret. Lib. 2, tit. 5, mehr noch *Vossler* Diss. cit. §. 5—7. Ganz singulär ist die Ansicht von *Tigerström* p. 77 sqq.

12) Hauptargumente dafür, daß die L.C. in jure geschah, und daß sie mit der Conception der Formel beendigt, also nunmehr lis contestata war, gewähren, nächst der ganzen bisherigen u. in den folgg. §§. enthaltenen Entwickelung, L. 16, 17 D. de proc. (3, 3), wo „ante u. post litem contestatam" nur den Zeitpunkt vor oder nach der Conception der Formel bezeichnen kann; L. 8 §. 2 eod., wo „tempore litis contestatae" heißen muß: vor dem Prätor; L. 25 §. 8 de Aed. ed.; ferner Gell. V, 10, wonach man erst nach der L.C. „ad judices conjiciendae consistendaeque causae gratia" kömmt; der Parallelismus der Ausdrücke judicium, actionem accipere mit dare, reddere u. s. w. u. wieder denegare; endlich Gaj. IV, 102 u. vor Allem die Lehre vom s. g. dominium litis in §. 158.

13) Das scheint a. E. der Sinn der vielbesprochenen L. un. ht. (3, 9) von Sever und Antonin, welche mit L. 3 C. de sdend. (2, 1) ein Ganzes gebildet hatte (*Winckler* §. 4, Goldschmidt S. 14, Hefftter S. 285), zu seyn, nämlich: „die L.C. ist

ſich einzulaſſen für ſchuldig erachtet[14]). Endlich auch Umſtellung der Formel, judicium transferre, litis translatio, wird aus mancherley Gründen nöthig, insbeſondere die Translation auf einen andern Stellvertreter, oder a domino in procuratorem, a procuratore in dominum, was Alles nur causa cognita zuläſſig iſt[15]), und durch Veränderung der *condemnatio* bewirkt werden muß[16]). Gewiß auch nur durch Umſtellung der *condemnatio* geſchieht das transferre auf die Erben einer nach der Litisconteſtation geſtorbenen Partey[17]), auf den Vater de peculio u. ſ. w., wenn der Sohn geſtorben, mit welchem bereits lis conteſtirt wor-

---

bereits eingetreten, wenn das Judicium erſt begonnen hat." Vgl. G. F. Puchta in d. Erl. Jahrb. VIII, 2 S. 116—118. — Die Meinung, daß die L.C. der erſte Act beym Juder geweſen, ſtüzt ſich vorzüglich auf dieſe Stelle. Die Vertheidiger der entgegengeſezten Anſicht haben meiſtens angenommen, judex ſtehe für magistratus, was die Stelle mit ſich ſelbſt und mit dem richtigen Begriffe von L.C. in Widerſpruch bringt, ſ. Keller S. 60. Gar einen vorübergehenden Zuſtand für die Zeit jener Kaiſer läßt Hefftter Inſtitt. S. 285 fgg. eintreten. Keller §. 3 hält die Stelle für interpolirt, und man kann auch nur zwiſchen dieſer Meinung u. der zuerſt gedachten wählen.

14) L. 8 §. 3. L. 43 §. 6. L. 44, 45 pr. L 73 de proc. (3, 3). L. 71 §. 2 de leg. 1 (30). L. 49 pr. ad Sct. Treb. (36, 1). L. 7 pr. de aqua (39, 2). L. 18 jud. solv. (46, 7). L. 2 C. de her. l. act. vend. (4, 39).

15) L. 17 bis L. 27, L. 42 §. ult. L. 46 pr. de proc. L. 7 pr. de dolo (4, 3). L. 45 §. 1 mand. (17, 1). L. 1 §. 2 quib. mod. pign. (20. 6). Von Conſtantin L. 22 C. de proc. (2, 13). — Hollweg Verſ. S. 160 fg.

16) Denn vgl. §. 156.

17) L. 8 §. 1 de fid. tut. (27, 7). L. 29 de op. libert. (38, 1). L. 4 C. de in lit. jur. (5, 53). Klagt Jemand als Erbe, ſo wird freylich die *intentio* eben ſo auf ſeine Perſon geſtellt, wie wenn „proprio nomine ei deberetur", L. 93 pr. de sol. (46, 3), Gaj. IV. 34. aber die bereits auf den Erblaſſer geſtellte *intentio* wird ſchwerlich bey bloßer Translation verändert, Keller S. 167, Not. 3).

den [18]), die „translatio judicii noxalis in statu liberum“ [19]), oder auf den libertus [20]), oder auf den, der ad libertatem proclamirt hat [21]), oder bisweilen die Translation der injuriarum actio vom Vater auf den injuriirten Sohn [22]). Endlich auch der Tod oder sonstige Verhinderung des Richters kann, obwohl es möglichst vermieden wurde, eine neue judicis datio, jedoch ohne weitere Veränderungen, zur Folge haben [23]). Hingegen sind materielle Aenderungen, obwohl vor der Litiscontestation unbedingt gestattet (§. 113), nachher nicht nur von causae cognitio, sondern insbesondere von den Bedingungen der restitutio in integrum abhängig [24]).

§. 120.

Materielle Bedeutung der L. C. *).

Durch die L. C. wird für das Judicium eine bestimmte Grundlage gewonnen, der Sache nach ein wirkliches, das Endurtheil vorbereitendes Erkenntniß, welches sich hier, d. h. im Formularprozesse, in Gestalt der formula darstellt. Daher begründet die L. C. formelles Recht, so gut wie nachher das Urtheil, welches durch jene vorbereitet werden soll. Durch sie werden beyde Parteyen einander obligirt, sich dem gegenwärtigen Judicium für seine Dauer und seinen Ausgang zu unterwerfen, weshalb sie an die formula und den judex gebunden waren [1]), und das Urtheil anerkennen müssen, es möge nun den Beklagten condemniren, wodurch

---

18) L. 57 de jud. 19) L. 15 de nox. act.

20) L. 14 de his qui not. (3, 2) u. dazu Keller S. 52.

21) L. 24 §. 4 de lib. caus. (40, 12).

22) L. 17 §. 14 de inj. (47, 10).

23) L. 17, 18 pr. L. 46, L. 76 de judic. — L. 13 §. 3 de vacat. (50, 5).

24) Vgl. §. 120, Not. 11).

*) Hollweg Versuche, S. 149 fgg. Keller Buch 2.

1) Senec. ep. 107: „quia jam primo vinculo tenentur, et mutare illis formulam non licet.“ Umstände machen freylich Translation nöthig, s. §. 119 a. E.

Digitized by Google

eine neue obligatio judicatum facere entsteht, oder absolviren, was blos negative Wirkung haben konnte. Als bloßer Private konnte der Judex eben nur durch die Obligation der Parteyen selbst, eine Entscheidung zu fällen berechtigt werden [2]), die dann freylich auch die s. g. accessoria litis eben als solche, also die durch den Rechtsstreit selbst bedingten Nebenleistungen mit umfaßt, denn übrigens „ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest“ [3]). Mit Rücksicht auf die Condemnation haben die „veteres“ jenes stufenweise Verhältniß für die auf einer civilen Obligation beruhenden Klagen sprichwörtlich ausgedrückt, nämlich: „ante litem contestatam debitorem dare oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere [4]). Das unbestimmte streitige Rechtsverhältniß wird also durch die L. C. insofern umgewandelt, als sowohl die rechtlichen, wie die factischen Bedingungen, unter welchen die gleichfalls bereits (mit mehr oder weniger Bestimmtheit) zum Voraus festgesetzte Art und Größe der Condemnation erfolgen soll, von nun an auf immer fixirt sind. Daher hat die L. C. I. die negative Wirkung [5]), daß sie die in judicium deducirte actio zerstört (consumit), d. h. daß dieselbe nicht noch einmal mit Erfolg angestellt werden kann. Wie nämlich die einmal erhobene legis actio ipso jure aufhörte [6]), so nachher beym legitimum judicium die in jus concipirte persönliche Klage (tollitur obligatio litis contestatione) [7]). Dagegen bey in rem actio, weil das dingliche Recht selbst keineswegs untergehen soll, bey in factum a. darum, weil das der Klage unterliegende Factum nicht unwahr wer-

2) Hollw. S. 149 fg. 3) L. 18 D. comm. div. (10, 3).
4) Gaj. III, 180.
5) Darüber Keller, S. 82 fgg.
6) Gaj. IV, 108.
7) L. 23 D. de sol. (46, 3): Solutione vel judicio pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus.

Digitized by Google

den kann, oder mit andern Worten, weil dingliches Recht und Thatsache nicht wie obligatio novirt werden können (§. 123), und ferner bey dem imperio continenti judicio deswegen, weil imperio magistratus überhaupt nur indirecter Weise das zu erreichen war, was kraft Civilrechts gradezu eintrat — wurde eben jene Wirkung durch eine eigene exceptio: rei in judicium deductae erzielt [8]). Parallel mit derselben läuft die ipso jure oder durch rei judicatae exceptio eintretende Wirkung des Urtheils, so daß freylich jener an die bloße L. C. geknüpften Wirkung kein ausgedehnter Gebrauch zu Theil werden konnte, und darum auch die weitere Ausführung für die res judicata vorbehalten bleiben soll [9]). Klar ist aber nun, daß nach der L. C. eine Veränderung der Klage nicht mehr Statt finden, d. h. daß man nur noch eine andere, durch die L. C. nicht consumirte, anstellen kann (mutare actionem in d. S. [10])), obwohl unter Vermittlung des Magistrats, nämlich durch translatio judicii (§. 119 a. E.) und durch integri restitutio geholfen werden kann [11]).

§. 121.

Die positiven Wirkungen der L. C. *).

II. Positive Wirkung der L. C. ist 1. die umgekehrte,

8) Gaj. III, 180. 181, IV, 106—108. Dazu Keller, S. 85 fg., S. 111—120.

9) Gaj. ll. cc. Keller, S. 109 fg., S. 120—125.

10) Cic. pro Caec. c. 3.

11) L. 4 §. ult. D. quod cum eo (14, 5). Ob. §. 98. — In L. 4 §. 3 de nox. actt. (4, 9) handelt es sich nur davon, ob derjenige, welcher den Herrn aus dem Delicte seines Sclaven, also mit der bey Noxalklagen erfoderlichen intentio (propter Stichum servum u. s. w. L. 42 §. 1 eod.), aber dennoch wegen des Herrn Mitwissenschaft mit einer „detracta noxae deditione" concipirten condemnatio (s. §. 57 a. E.) belangt, diesen Vorwurf der scientia in judicio zurückzunehmen, oder umgekehrt, wenn auf den Zusaz: „aut noxae dedere" angetragen worden war, jenen Vorwurf noch in judicio machen könne.

*) *Winckler* sect. 2, p. 323 sqq.

Digitized by Google

daß die in judicium deducirte actio erhalten wird (perpetuatur), sofern sie nämlich sonst durch Zeitablauf oder durch den Tod einer Partey zu Grunde gegangen seyn würde [1]). Denn die noch zu rechter Zeit vom Magistrat gegebene actio ist nun eine neu begründete, die also auch nur wieder aus neuen Gründen verloren gehen könnte [2]). Jede contestirte Klage nämlich erlischt nach Ablauf der entweder vom Magistrat in der Formel, oder schon im Allgemeinen durch positive Bestimmungen zur Urtheilsfällung gesezten Frist, s. §. 128. 2. Die in judicium deducirte Sache muß also nun auch durch eine sententia judicis beendigt werden, d. h. es können beyde Theile beziehungsweise auf Verurtheilung oder Lossprechung dringen [3]). Ob und in wie weit das Eine oder Andere erfolgen müsse, darüber entscheidet der Stand der Dinge theils zur Zeit der L. C., theils aber auch der spätere bis zur Urtheilsfällung [4]). Nämlich a. ob die Klage gegründet sey, also über das, was Gegenstand der intentio ist, muß der Richter den ersten Zeitpunct ins Auge fassen,

---

1) L. 8 f. D. de fidej. tut. (27, 7). L. 29 f. de nov. (46, 2). L. 24 pr. de lib. caus (40, 12). L. 87, L. 139 pr. de R. J. Für Ersteres auch L. 9 §. 3 de jurej. (12, 2), u. für Lezteres L. 26, 58 de O. et A. (44, 7). L. 13 pr. de inj. (47, 10). L. 164 de R. J. §. 1 f. I. de perp. et temp. actt. (4, 12). Ueber die Schwierigkeit durch L. 33 de O. et A. vgl. Glück Comm. Bd. 6, S. 196, Not. 97.

2) Keller S. 130 fgg., S. 166 fg. Die Usucapion, als eine durch sich selbst begründete Eigenthumserwerbung, kann durch bloße Litis C. nicht unterbrochen, s. nr. 2, aber freylich eine longi temporis praescriptio nach der L. C. nicht erworben werden, L. 1, 10 C de pr. l. temp. (7, 33), L. 26 C. de R. V. (3, 32). L. 2 med. C. ubi in rem (3, 19), weil die Exceptionen bey der L. C. vorgebracht werden müssen, u. den ausnahmsweise auch nachher noch berücksichtigten konnte man die exc. longae possessionis um so weniger beygesellen, als im Resultate selbst die nach der L. C. abgelaufene Usucapion nuzlos bleibt, s. Note 6).

3) L. 74 pr. D. de jud. (5, 1). S. §. 130, 137.

4) Keller, S. 169—194.

sowohl bey den strictis judiciis[5]), als bey den in rem actionibus[6]); denn si paret dare oportere oder ejus esse geht auf den gegenwärtigen Moment des prätorischen Ausspruchs[6a]). Auch wo per sponsionem prozessirt wurde, ist das zur Zeit der Wette vorhandene Recht ins Auge gefaßt worden[7]). Bey den bonae fidei judiciis mußte die in der intentio selbst enthaltene Verweisung auf das bonum et aequum auch die Berücksichtigung der späteren Verhältnisse dem Richter zur Pflicht machen[8]), und der eine oder andere Grundsaz diente also auch bey den übrigen Klagen zum Maßstab[9]). So entscheidet ferner die Formel darüber, ob nach der L. C. erfolgte Befriedigung des Klägers oder sonstige Liberirung des Beklagten den Richter zum Absolviren bestimmen dürfe? Bey Sponsionen, wo formell nur entschieden wurde, wer mit Grund gewettet habe, war das zu verneinen, überhaupt bey den strictis judiciis, wo der Beklagte condemnirt werden soll, wenn er zur Zeit des angenommenen Judiciums schuldig war. So dachten auch die Proculianer (welche denn aber gewiß ein Mittel an die Hand gegeben hatten, es sey exceptio oder condictio, der Unbilligkeit doppelter Leistung zu begegnen), „quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat." Allein die Sabinianer wollten auch hier gradezu die Absolution erfolgen lassen, wie es bey den bonae fidei und arbitrariis judiciis, also namentlich auch

5) Als Argument dient, was nachher über die judicia absolutoria u. über den Zeitpunkt der litis aestimatio bemerkt wird.

6) Es kömmt auf Eigenthum oder Servitut zur Zeit der L.C. an, so daß das Eigenthum, welches vor der Sentenz durch die Usucapion des Beklagten, die Servitut, welche unterdessen durch non usus des Klägers verloren gegangen, aufs Neue bestellt werden muß, L. 18, 20 de R. V. (6, 1). L. 8 §. 4, 5 si serv. vind. (8, 5). L. 10 de usufr. accr. (7, 2). Dazu Keller, S. 173—179.

6a) Vgl. z. B. L. 42 §. 1 de nox. actt. (9, 4).

7) S. §. 38 u. §. 64.

8) Arg. L. 17 D. mand. (17, 1).

9) S. noch L. 23, 35 de jud. L. 37 de nox. actt. (9, 4).

Digitized by Google

bey in rem actionibus, wenn mit petitoria formula prozeſſirt wurde, gewiß unſtreitig von jeher der Fall war[10]). So iſt das Sprichwort entſtanden: „Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria“[11]). Bey den arbiträren Klagen nämlich ſoll der Richter nur inſofern condemniren, als nicht reſtituirt, exhibirt ꝛc. wurde, alſo im andern Falle abſolviren (§. 67), und bey den bonae fidei judiciis verſteht ſich das Leztere wieder in Folge ſeines „liberum officium“[12]). Hingegen b. über das, was zwar zur Durchführung der Klage (damit actio *tenet*), aber nicht zum Grunde derſelben gehört, und darum unabhängig von der intentio iſt, wie bey dinglichen und andern Klagen, wo Beſiz erfodert wird[13]), bey der actio de peculio der Betrag des Peculiums[14]), überhaupt bey allen blos die Condemnation betreffenden Rückſichten[15]) entſcheidet die Zeit der Urtheilsfällung[16]). Endlich c. auch der Betrag der Verurtheis

---

10) Entſcheidend iſt die zwar lückenhafte Stelle bey Gaj. IV, 114, bey welcher aber die Worte u. die inneren Gründe keine andere von den Proculianern gemachte Unterſcheidung annehmen laſſen, Dirkſen Beyträge, S. 90—92. *Ribbentrop* Diss. p. 20 sqq. Keller, S. 180—186. Im Ganzen ſ. auch *Hefftter* Obs. XXI.

11) Gaj. p. 227, l. 1. Vgl. §. 2 I. de temp. actt. (4, 12).

12) S. auch L. 37 §. 6 de op. lib. (38, 1). L. 5 pr. de public. (39, 4). L. 41 §. 1 de re jud. (42, 1).

13) L. 27, 42 de R. V. (6, 1). L. 4, L. 18 §. 1, L. 41 pr. de her. pet. (5, 3). L. 7 §. 4—6, L. 8, L. 11 §. 2 ad exh. (10, 4). L. 30 pr. de pec. (15, 1). L. 1 §. 21 dep. (16, 3).

14) L. 30 pr. de pec. Quaesitum est, an teneat a. de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei judicandae tempore? Proculus et Cassius nihilominus teneri ajunt: *intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.* Item et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est. (Ulp.). L. 7 §. 15 quib. ex causs. (42, 4). L. 5 §. 2 de lib. leg. (34, 3). L. 35 de fid. (46, 1).

15) Z. B. quantum reus facere potest, L. 15 pr. L. 53 sol. matr. (24, 3). L. 63 §. 3 pro socio (17, 2). Vgl. §. 141.

16) Freylich ſcheint darüber geſtritten worden zu ſeyn, vgl.

Digitized by Google

lung hängt inſofern von der Formel und alſo von der L. C. ab, als dieſe entweder die Summe ſelbſt fixirt, oder aber für die richterliche litis aestimatio eine mehr oder weniger beſchränkende Norm an die Hand gibt, ſ. §. 56 und 57. Nach welchen Grundſätzen aber der Prätor oder Judex bey der Schätzung zu verfahren haben, darüber ſ. den folgenden §.

§. 122.

Welche Leiſtungen umfaßt die L. C.?

Gegenſtand der durch L. C. entſtehenden Obligation wird natürlicher Weiſe alles dasjenige, was und ſo weit es in Folge des zu Grunde liegenden Anſpruchs mit Recht gefodert wurde. Liegt nicht petitio certae pecuniae vor, iſt alſo Schätzung nöthig, ſo [1]) kann bereits ein früherer Termin zum Maßſtabe dienen, nämlich der fixirte Zahlungstag, ſo gut wie es auch auf den locus certus ankömmt (§. 28), oder auf die Zeit, da eine Sache zu Grunde gegangen [2]), oder auf die Zeit des Verzugs, inſofern alsdann der höchſte Werth in der Zwiſchenzeit berechnet wird [3]). Außerdem aber entſcheidet, was die Rückſicht auf den Ort betrifft, der Ort, an welchem das Judicium angenommen worden, und hinſichtlich der Zeit bey den strictis judiciis gleichfalls die der L. C., bey den bonae fidei judiciis aber die des Urtheils [4]). Für die arbitrariae actiones galt zunächſt das Er-

---

L. 27 §. 1 de R. V. L. 30 pr. de pec. Keller S. 191 fg. Not. 24).

1) Glück Comm. Bd. 13 §. 844. Gans Obl. R. S. 58—70 mit Mühlenbr. Heid. Jahrb. v. 1821, S. 57 fg.

2) Was ἐν πλατει zu verſtehen iſt, L. 3 D. de cond. trit. (13, 3). Glück S. 293, Not. 66). Bey legis Aquiliae actio iſt es bekanntlich durchs Geſetz beſtimmt, wie weit man rückwärts rechnen darf, vgl. auch L. 2 §. 3 de priv. del. (47, 1).

3) L. 3 f. de cond. trit. L. 8 §. 1 de cond. furt. (13, 1). L. 3 §. 3, 4, L. 21 §. 3 de A. E. (19, 1).

4) L. 4 de cond. trit. L. 3 §. 2 comm. (13, 6). — L. 22 de

ſtere, allein man nahm auf Acceſſionen und auf den Ertrag von der L. C. an bis zum Urtheil Rückſicht, es konnte nur völlig abſolvirt werden, wer cum omni causa reſtituirte, und was fehlte, wurde bey der Condemnation in Anſchlag gebracht[5]). Bey den strictis judiciis, die ja nach den Proculianern nicht einmal absolutoria waren (§. 121), haben aber die Sabinianer „ex aequitate" gleichfalls angenommen, „ut causa restituatur"[6]), und vielleicht iſt es auch bey den arbitrariis erſt durch die Sabinianer aufgekommen[7]). Wenigſtens hat Proculus bey Vindicationen wie bey Condictionen auch auf zufälligen Untergang nach der L. C. keine Rückſicht genommen, aber die Sabinianer haben in dieſem Falle abſolvirt, ſofern nicht etwa der Früchte wegen zu condemniren war, oder, wie eine recipirte Mittelmeinung ausgleichend hinzufügte, wenn es ſich zeigt, daß der Beſitzer überhaupt ein malae fidei possessor oder temere litigans, alſo im Grunde in mora geweſen[8]). So konnte folglich nach der gewiß am Ende herrſchend gewordenen, wenigſtens von Juſtinian recipirten Meinung des Sabinus geſagt werden: „in his quoque judiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda

R. C. (12, 1). L. 11 de re jud. (42, 1). L. 59 de V. O. (45, 1). L. 28 de nov. (46, 2). Ueber L. 22 de O. et A. (44, 7) ſ. Glück S. 279 fgg.

5) L. 17 §. 1, L. 20, L. 35 §. 1 de R. V. (6, 1). L. 22 C. de R. V. (3, 32). — L. 16 pr. D. eod. — L. 15 §. 3, L. 21, L. 33, L. 36 §. 1, L. 45, L. 51, L. 63 eod. L. 21 §. 3 de evict. (21, 2). Vat. fr. §. 17. — L. 8 §. 4 si serv. vind. (8, 5). L. 5 §. 4 L. 5 si ususfr. pet. (7, 6). — L. 56 de her. pet. (5, 3). L. 1 §. 1 L. 2 C. de pet. herod. (3, 31). — §. 2 I. de off. jud. — L. 246 §. 1 de V. S. u. die folgg. Noten.

6) L. 38 §. 7 de usur. (22, 1).

7) Arg. L. 11, 12 pr. §. 1 fam. erc. (10, 2).

8) L. 40 pr. de her. pet. vgl. mit L. 16 pr. de R. V. L. 12 §. 3, L. 14 §. 1 dep. (16, 3). L. 21, 24 de usur. L. 8 de re jud. (42, 1). L. 5 de conf. (42, 2). L. 82 de V. O. (45, 1). *Winckler* p. 346 sq.

Digitized by Google

est in eum diem quo sententia dicitur“ [9]), und in dieſer Rückſicht auch von der triticiaria, d. h. von jeder nicht ſchon unmittelbar auf eine Summe Geldes gerichteten condictio, es ſey bey der Schätzung „condemnationis tempus spectandum“ [10]). Ueberhaupt ſollte nach dieſer billigern Meinung der Kläger alles das erhalten, was er haben würde, wenn zur Zeit der Geltendmachung reſtituirt worden wäre [11]), wie es bey hereditatis petitio einmal ausdrücklich in einer oratio Hadriani [12]) ausgeſprochen worden, aber bey den ſpeciellen Vindicationen gleichfalls galt [13]), und nicht minder bey den perſönlichen Klagen [14]). Mildert man dieſen generellen Saz auf die oben angegebene Weiſe hinſichtlich des zufälligen Untergangs [15]), ſo wird der Beklagte durch die L. C. nur grade zur diligentia ver-

9) L. 3 §. 1 de usur. (22, 1). — L. 34, 35, 36 L. 38 §. 4 sqq. eod. — L. 31 pr. D. de R. C. (12, 1). L. 91 §. ult. de leg. 1. (30). L. 8 de re jud. (42, 1). L. 51 pr. fam. erc. (10, 2). L. 1, 2, ult. C. de us. et fruct. (6, 47).

10) L. 3 init. de cond. trit. (13, 3). Gans S. 61—65 mit Mühlenbr. S. 58. Die älteren Erklärungen bey Glück a. a. O. S. 272 fgg.

11) L. 35 de V. S. *Restituere* autem is videtur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset —. L. 75 eod.

12) Nicht zu verwechſeln mit dem Hadrianiſchen Sct. Juventianum, welches vom Dolus vor der L. C. handelt, L. 20 §. 6 de her. pet. L. 27 §. 3 eod.

13) L. 40 pr. de her. pet. Vgl. L. 17, 20 de R. V.

14) L. 2 de usur. Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur. L. 31 pr. de R. C. (12, 1).

15) L. 40 pr. cit. Illud quod in oratione D. Hadriani est: *ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas*, interdum durum est: quid enim si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba Orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus *Proculo* placet:

Digitized by Google

pflichtet, und ist alsdann in diesem Sinn das Sprichwort zu verstehen: „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse“ [16]). Bey hereditatis petitio [17]) hat solches die Interpretation sogar noch früher angenommen, also wohl schon von actionis editio an, „quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Scto, tamen et *post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur.* Et hoc jure hodie utimur“ [18]).

§. 123.

So genannte necessaria novatio*).

Wir haben gefunden, daß durch L. C. die bisherige actio als solche zerstört, aber in eine (neue) obligatio umgewandelt wird, deren Begründung durch die intentio und deren übrige Wirksamkeit durch die condemnatio ausgesprochen wird, deren wirklichen Gegenstand aber zunächst alles dasjenige bildet, was in Folge des vorangegangenen Rechtsanspruchs zur Zeit der L. C. zu leisten war. Auch die Wahl bey alternativen Foderungen entscheidet sich mit der wirklichen petitio, desgleichen, zwischen welchen Personen die nunmehrige Obligation bestehen [1]), und wer litis dominus seyn soll. Denn das sind nicht nothwendig die alten Parteyen, sondern können auch Stellvertreter seyn (§. 155 ff.), oder wenn

---

Cassius contra sensit. *In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius.*

16) L. 25 §. 7 de her. pet. L. 20 §. 11, L. 31 §. 3 eod. — L. 25 §. 8 de Aed. Ed. (21, 1). L. 6 §. 6, L. 11 §. 3 de aq. pluv. (39, 3).

17) Denn übrigens vgl. L. 2 C. de fructib. et lit. exp. (2, 51).

18) L. 25 §. 7 cit.

*) Eine ausführliche Literärgeschichte darüber gibt *Ribbentrop* de necessaria, quam vocant, novatione Commentatio, Gott. 1822, 4. Ueber die Sache selbst vor Allen Keller S. 88 fgg.

1) L. 9 de V. O. (45, 1). L. 16 de duob. reis (45, 2). L. 57 pr. §. 1 de sol. (46, 3). L. 33 f. de leg. 1. (30). L. 1 de penu leg. (33, 9).

vorher zwiſchen mehreren Beklagten gewählt werden konnte, z. B. zwiſchen correis, zwiſchen Vater und Sohn u. ſ. w., ſo wird durch die L. C. mit dem Einen die Klage gegen die Uebrigen conſumirt[2]). Ferner kann es ſeyn, daß die L. C. erſt einen beſtimmten Gegner verleiht, ſo den, qui liti se obtulit[3]), bey den Noxalklagen denjenigen, welcher als jezziger Eigenthümer des Thiers oder Herr des Sclaven, ſowie wer als Vater das Judicium auf ſich nimmt, wodurch man aber auch Gegner bleibt[4]), ſoweit nicht auf den Sohn oder Sclaven (als libertus) translatio judicii eintritt[5]). Ebenſo wird bey den Popularklagen erſt durch L. C. das Klagrecht einem beſtimmten Kläger auf immer zu Theil, oder es wird durch ſie die actio wenigſtens erſt in bonis actoris gebracht, und dadurch auch transmiſſibel, wie z. B. die Injurienklage[6]). — Wollten nun aber die römiſchen Juriſten alle jene im Weſen der L. C. liegenden Wirkungen auf ein Princip zurückführen, ſo bot ſich ihnen ganz von ſelbſt die Analogie der novatio dar[7]), da wenigſtens, wo eine civile Obligation und *ipso jure* umgewandelt wurde, alſo wo die L. C. direct wirkſam war. Man konnte im weitern Sinne ſagen, daß die Parteyen gleich-

2) L. 2 D. de duob. reis. L. 5 f. de fidej. (46, 1). L. 31 §. 1 de nov. (46, 2). — L. 28 C. de fidej. (8, 41). — Cic. ad Att. XVI, 15. Paul. II, 17 §. 16. — L. 7 de fidej. tut. (27, 7). L. 1 ratam rem hab. (46, 8). — L. 32 de pec. (15, 1). Keller S. 430, S. 435—479.

3) L. 25, L. 27 pr. de R. V. (6, 1).

4) L. 1 §. 13, 16 si quadrup. (9, 1). L. 26 §. 4, L. 37 de nox. actt. (9, 4).

5) S. §. 119, Not. 19) u. 20).

6) L. 32 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2). L. 28 de inj. (47, 10). L. 12 pr. de V. S. vgl. mit §. 121, Not. 1).

7) Darauf beruht der Gegenſaz der „novatio voluntaria u. judicii accepti“ in L. 29 de nov. (46, 2), der delegatio, welche „per stipulationem vel per litiscontestationem“ geſchieht in L. 11 §. 1 eod., ſo wie daß Gajus unſern Gegenſtand mit der Lehre von der Novation verbindet, Gaj. III, 176 sqq. vgl. mit III. 180.

Digitized by Google

sam contrahirt hätten[8]), obwohl immerhin diese unfreywillige s. g. necessaria von der contractlichen (voluntaria) novatio allerdings verschieden war; sowie auch die Römer gewiß weder eine solche Eintheilung wissenschaftlich aufgestellt, noch im eigentlich technischen Sinn[9]), es sey die L. C. oder das Urtheil, novatio genannt haben[10]). Die Verschiedenheit zwischen der s. g. necessaria und wirklichen novatio[11]) lag aber darin, daß durch jene schon ohne besondere Verabredung nicht blos der Hauptstoff, sondern auch die Accessionen der frühern Obligationen (wie Pfand, Zinsen, Privilegien) in die neue übergehen[12]), so daß insofern gesagt werden konnte: „non deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes“[13]). Ferner darin, daß

8) L. 3 §. 11 de pec. (15, 1).

9) Denn im weiten vulgären Sinn konnte das allerdings geschehen, so in Vat. fr. §. 263; und in L. ult. pr. C. de usur. rei jud. (7, 54) hat Justinian gewiß keine neue Redensart gebraucht, wenn er sagt: novatur judicati actione prior contractus, was sogar auch von dem immer nur exceptionsweise wirkenden Eide gesagt wird, s. §. 127.

10) Wenigstens kömmt der Ausdruck in dieser Bedeutung selten vor, s. Not. 9), bey Gajus wird von der novatio per stipulationem das tolli litis contestatione im Ausdrucke geschieden, eben so wie anderwärts das novare u. in judicium deducere, L. 22 de adm. tut. (26, 7), L. 2 §. 8 de her. l. act. vend. (18, 4), was freylich schon daraus zu erklären ist, daß das indirecte Consumiren nicht novare genannt werden konnte. Aber selbst die L. 29 de nov. unterscheidet das novari von der Wirkung der litis contestatio, u. wenn sie auch im Anfang novatio *voluntaria* u. judicium acceptum entgegensezt, so kann der Zusaz voluntaria auch blos erklärend seyn, *Ribbentr.* Diss. de novatione, p. 17 sq. S. überh. Keller S. 89—97.

11) L. 29 de nov. Keller S. 97 fgg.

12) L. 22 de tut. et rat. (27, 3). L. 13 §. 4 de pignor. (20, 1) auch L. 11 pr. de pign. act. (13, 7). L. 8 C. de pignor. (8, 14). L. un. C. etiam ob chirogr. (8, 27).

13) L. 29 cit. Vgl. L. 86, 87 de R. J. In anderer Beziehung, namentlich da actio consumirt wird, verliert man allerdings

naturalis obligatio zurückbleibt [14]), und daß endlich die neue Obligation nicht selbst eine klagbare ist, sondern nur ein absolvi vel condemnari oport. begründet.

§. 124.

Litigiosität *).

Erst mit jenem wechselseitigen Streiten wird, wie es das Wort selbst besagt, eine wirkliche lis, und zugleich auch der Ort für das Judicium begründet [1]). Aber diese Litigiosität hat noch gewisse positive, nicht aus dem Begriffe der Novation fließende Folgen. So ist eine Bestimmung der 12 Tafeln, welche bey Strafe doppelten Ersatzes eine bereits in Prozeß befangene Sache den Göttern zu weihen verbietet [2]), theils durch Interpretation, theils aber insbe-

---

durch L.C., auch insbesondere seine Bürgen, s. Not. 2). Die allgemeine Deutung jener Phrase hatte vorzüglich, und gegen *Hotoman* Obss. IV, 5, vertheidigt *N. H. Gundling* de lite contestata commoda plerumque, incommoda nunquam, Hal. 1720, in Exercc. acadd. p. 359—392.

14) L. 60 pr. L. 28 de cond. ind. (12, 6). — L 50 §. 2 de pec. (15, 1). L. 8 §. 3 de fid. (46, 1). — L. 8 de comp. L. 18 pr. eod. (16, 2).

*) Tit. De litigiosis D. 44, 6. C. 8, 37. C. Th. 4, 5. — *Cujac.* Parat. ad C. ht. — Mühlenbruch Cession, 2te A., S. 337 fgg. S. 341 fgg.

1) L. 30 D. de jud. Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet. L. 34 eod. Gewiß konnte der Magistrat keinen auswärtigen Juder bestellen; *nec* extra urbem potest jubere judicare muß offenbar in L. ult D. de off. pr urb. (1, 12) gelesen werden. Nicht von diesem lezten Grundsatze, sondern nur von jener Regel selbst macht L. 28 §. 4 de jud. eine Ausnahme, wonach gegen den legatus provinciae zwar in Rom im Nothfalle die actio gegeben werden kann, „ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur", vielleicht so, daß es in der Formel heißt: „Juder soll der seyn, welchen der Provinzialvorsteher ernennen wird", Keller S. 46—49.

2) L. 3 D. ht. Dirksen XII T. S. 719—721.

ſondere durch den Einfluß eines Auguſtiſchen Edicts[3]) ſo generaliſirt worden, daß jede Veräußerung einer litigiosa res durch exceptio litigiosi völlig unwirkſam[4]), und noch mit einer dem Aerarium (Fiscus) zu Gute kommenden Geldbuße belegt werden ſoll, welche der Erwerber nur im Fall der Wiſſenſchaft und mit 50 Seſtertien zu erlegen hatte[5]), der Veräußerer doch wohl immer[6]) nur etwa in einem nach dem Werth der Sache (wie in den 12 Taf.) ſich richtenden Betrage. Auch bey Theilungsſtreitigkeiten iſt vom Augenblicke des judicium acceptum die Veräußerung ſeines Antheils unzuläſſig[7]). In Folge einer lex Licinnia wird derjenige, welcher vor dem Prozeſſe ſeinen Antheil an einer gemeinſchaftlichen Sache in der Abſicht veräußert, damit der Socius durch den beſchwerlichen Gegner zur Nachgiebigkeit bewogen werde, der Theilungsklage verluſtig[8]). Es

3) Fragm. de jure fisci, §. 8.

4) Weiter iſt wohl nichts mit dem energiſchen Ausdruck nullius momenti in Fr. de j. f., l. c. gemeint, oder mit dem nihil esse domino quaesitum, non magis, *quam si litigiosum praedium* servus aut liberum hominem emerit in L. 27 §. 1 D. ad Sct. Vellej. (16, 1). Denn Gaj. IV, 117 ſpricht nur von exceptio, eben ſo L. 1 §. 1 D. ht. und L. 1 f. D. quae res pign. (20, 3): — si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Darauf deutet auch die Stellung des Titels D. de litig. Mühlenbr. Not. 188a). Oder ſollte etwa Nullität bey legitimis, Reſciſſion bey imp. cont. judiciis eingetreten ſeyn?

5) Fragm. l. c. L. 2 D. ht.

6) S. auch L. 1 pr. de jure fisc. (49, 14). L. 22 pr. eod.

7) L. 13 D. fam. erc. (10, 2). L. 1 f. L. 2 C. comm. div. (3, 37).

8) Ex lege Licinnia (Licinia) interdicitur, ſagt Marcian in L. ult. D. de alien. jud. mut. causa (4, 7). Obwohl kein Grund da iſt, die Nachricht ſelbſt zu bezweifeln, ſo folgt doch aus derſelben nicht, daß die lex ſelbſt grade jene ſpecielle Verordnung gemacht habe, die vielmehr nur aus der uns übrigens unbekannten allgemeinen Beſtimmung des Geſetzes abgeleitet ſeyn könnte: denn

Digitized by Google

ist das in Verbindung getreten mit dem (doch wohl jüngeren?) proconsularischen Edicte[9]), welches gegen den, der eine Sache in Erwartung eines Prozesses, also noch vor der L. C.[10]), in der dolosen Absicht veräußert, dem Kläger einen beschwerlichen Gegner zuzuziehen[11]), in factum actio auf „quanti nostra intersit, alium adversarium non habuisse" zusagt[12]). Deshalb ist auch dem Käufer jenes Antheils an der gemeinschaftlichen Sache die Anstellung der communi dividundo actio versagt worden[13]). Ueberhaupt haben die Römer auf mehrfache Weise das chicanirende Erschweren der gegnerischen Lage zu verhindern gesucht[14]). Daß grade der Prozeß schon begonnen haben müsse, darauf kömmt es bey den vorgenannten Bestimmungen nicht an. Uebrigens gebraucht man den Ausdruck mota controversia schon vor der L. C., obwohl ein praktischer Einfluß auf das Rechtsverhältniß selbst alsdann in der Regel[15]) noch gar nicht entsteht. Noch einige einzelne positive Rücksichten auf die Litispendenz müssen jedesmal an ihrem Orte zur Sprache kommen, wie z. B. die Bestimmung der Solvenz in Folge der epistola D. Hadriani bey Bürgen[16]) u. s. w.

IV. Was die L. C. vertritt oder modificirt.

§. 125.

Interrogationes in jure*).

Zur Vorbereitung des Judiciums sind auch noch die

„*ex legibus* sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis", L. 6 §. 1 de V. S. Vgl. Dirksen Beyträge, S. 312—315.

9) Tit. D. cit. (4, 7). 10) L. 8 §. 1 D. eod.

11) L. 1 pr. §. 1, L. 2, 3, 4 §. 1 eod.

12) L. 1 eod. 13) L. ult. eod. fin.

14) S. darüb. §. 163, Not. 11).

15) Eine Ausnahme im §. 122 a. E., u. daß die inofficiosi querela schon durch jedes praeparare transmissibel wird, L. 7 de inoff. test. (5, 2).

16) S. ob. §. 95, Not. 10).

*) D. de interrog. in jure faciendis, et interrogatoriis actio-

Fragen von Bedeutung, auf welche, in jure gestellt, der Beklagte antworten mußte, und die wohl nicht im Zusammenhang stehen mit den bey der legis actio vorkommenden formellen Fragen[1]). Die Sache beruht auf einem eigenen Edicte des Prätors[2]). Wer mit einer in personam actio als Erbe auf ein certum belangt werden sollte, der mußte sich erklären: an heres sit? und qua ex parte heres sit?[3]). Der Zweck war, den Kläger der bey certa intentio drohenden Gefahr der plus petitio zu überheben[4]), so wie des oft schwierigen Beweises, ob der Beklagte wirklich des Schuldners Erbe sey[5]). Der Beklagte sollte nämlich „vel confitendo vel mentiendo" gebunden seyn, sich also, wie durch Contract, selbst verpflichten[6]). Denn im lezten Falle haftet er dennoch als Erbe und zu dem angegebenen Theile, und seine Einräumung macht formelle Wahrheit[7]), aber freylich wie Contract und L. C. nur unter den Parteyen selbst[8]), und nur zum Nachtheile des Gefragten[9]). Denn

nibus [sublatis *Hal.*], (11, 1). — *Jo. Wybo* de int. in jure, L. B. 1732, 8. — Hollweg Verf. S. 276 fg.

1) Wie postulo, anne dicas etc., ob. §. 40

2) L. 2, L. 4 pr. L. 11 §. 5 D. ht.

3) L. 1 pr. L. 2, 3, 5, 6, L. 9 pr. §. 1, 3, 4, 5, 7, L. 11 §. 1, 2, 3 D. ht.

4) L. 1 pr. ht. vgl. mit §. 178. Vgl. auch Senec. ep. 48: „Quid aliud agitis, quam eum, quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur?" Daraus in Verb. mit L. 1 §. 1 eod. hat man geschlossen, daß es auch außergerichtliche Interrogationen gegeben, u. daß auch der Beklagte interrogiren konnte, um den Kläger in die Gefahr der pluris petitio zu bringen, und jenes prätor. Edict soll nur zur Beschränkung dieser Mißbräuche gedient haben! *Wybo*, c. 3, p. 31 sqq. Glück, Comm. Bd. 11, S. 247 fgg. S. Not. 12).

5) L. 2, 3 D. ht.

6) L. 4 pr. L. 9 §. 3, L. 11 §. 9 eod.

7) L. 6 §. 1, L. 11 §. 1, 2, L. 12 pr. eod.

8) L. 20 pr. eod. Ueber Stellvertretung L. 20 pr. cit. L. 9 §. 3, L. 4, L. 18 eod. L. 39 de proc. (3. 3). S. Abschn. 7, und Hollw. Not. 65).

Digitized by Google

wird er der Unwahrheit überführt, so haftet er ebenso, wie wenn er nicht, oder unbestimmt antwortet, als heres ex asse [10]). Die Einräumung aber [11]) geht in die Formel über, und wird eben darum unabänderlich, die so formirte actio ist interrogatoria genannt worden [12]). Es mußte aber *in jure*, es sey durch Vermittlung des Prätors, oder auch gradezu von dem, der klagen will [13]), gefragt werden, d. h. wo Gerichtssitzung gehalten worden [14]), wenn es auch grade nicht zur L. C. gekommen, denn der Gefragte konnte auch befristet [15]), sowie umgekehrt durch die Frage selbst zur Entscheidung gedrängt werden [16]). Bey jenem ursprünglichen Fall ist man nun aber nicht stehen geblieben. Nicht blos die Frage über den Erbtitel hat man erlaubt, sofern nur der Prätor nach kurzer Erwägung (summatim cognoscere) gefunden, daß ein Interesse dazu da sey [17]), sondern, und es scheint die Praxis, nicht erst wieder ein Edict, ist weiter gegangen. Bey noxalis und de pauperie actio

---

9) L. 11 §. 1 ht.

10) L. 11 §. 4—7 eod. Den Beweis muß der Kläger führen, L. 18 §. 2 de prob. (22, 3).

11) L. 9 pr. ht. Si sine interrogatione quis responderit, *se heredem*, pro interrogato habetur.

12) Rubr. u. L. 1 §. 1, L. 22 eod. Die L. 1: interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur u. s. w. ist interpolirt, vgl. *A. Faber* Rational. ad l. cit., *Wissenbach* emblemata Tribon. u. Andere. Hingegen *Wybo* p. 51 sqq., u. mit ihm Glück, S. 255 und S. 288 fgg., denkt an die Aufhebung der außergerichtlichen Interrogationen, weil doch übrigens die Sache noch in dem Pandektentitel vorgetragen werde. Auch Hollweg S. 288, Not. 87) findet das bedenklich. Aber nicht die interrogationes, sondern nur die interrogatoriae *actiones* sind, nämlich mit dem judiciorum ordo, weggefallen. S. §. 146.

13) L. 9 §. 1, L. 11 §. 9, L. 22 D. ht.

14) L. 4 §. 1 eod. 15) L. 5, 6 eod.

16) L. 1 §. 12 de succ. ed. (38, 9).

17) L. 9 §. 6 ht.

Digitized by Google

wurde nach der potestas über den Sclaven oder Sohn, nach dem Eigenthum über das Thier gefragt[18]), und die verweigerte oder unwahre Antwort verpflichtet den Gefragten, aber nur ihn selbst, in solidum, d. h. hier ohne noxae datio[19]). Die Einräumung befreyt sogar, indem nun der Sclave einen Vertreter gefunden, den wirklichen Eigenthümer[20]). Bey in rem actio haftet der, qui liti se obtulit, schon in Folge der vom Beklagten zu stellenden cautio judicatum solvi, also auch, wenn er nicht ausdrücklich gefragt worden, ob und zu welchem Theil er besitze; die Frage zuzulassen, war mithin unbedenklich[21]). Leugnet er den Besitz, und wird überführt, so ist die Folge dieselbe, wie bey allen in rem actiones, die der Besitzer nicht übernehmen will, Mission in die fragliche Sache, und der Besitzer muß nun Kläger werden[22]). Ganz dasselbe hat man auch auf den Antrag zur Bestellung einer cautio damni inf. zur Anwendung gebracht[23]), und es ist am Ende der aequitas des Magistrats überlassen gewesen, welche Interrogation gestattet werden soll[24]). Man sieht aber aus diesen Fällen, daß sie nur diejenigen Puncte betreffen darf, welche nicht den Grund der Klage enthalten, der vielmehr nur Gegenstand der freywilligen confessio, oder des deferirten Eides seyn kann, s. §§. seqq. Jedoch betrifft die Frage die zur Anstellung der Klage wesentlichen Bedingungen, das, was zur

---

18) L. 7, 8, 15 D. ht.

19) L. 17 eod. L. 1 §. 15 si quadr. (9, 1). L. 22 §. 4, L. 26 §. 5 de nox. actt. (9, 4).

20) L. 8, 20 pr. D. ht. L. 26 §. 3 de nox. actt.

21) L. 20 §. 1 D. ht.

22) L. 20 §. 1 cit. L. 80 de R. V. (6, 1). Nov. 18 c. 10. Oben §. 85. Hollw. S. 282, Not. 73).

23) L. 10, L. 20 §. 2 D. ht.

24) L. 21 D. ht. vgl. mit L. 11 pr. eod. *Branchu* obss. Dec. 2. c. 15. p. 100. Hollw. S. 278. Indessen wird die L. 21 von Vielen ganz anders verstanden, s. Glück, Bd. 11, S. 250 fg. Not. 27).

Digitized by Google

ſ. g. paſſiven Sachlegitimation gehört[25]). Darum hat auch vielleicht gefragt werden können, ob und wieweit Jemand ein Peculium habe[26]), wenn das ſchon für die intentio gleichgültig iſt[27]). Uebrigens iſt die phyſiſch oder juriſtiſch unmögliche Ausſage wirkungslos[28]), außerdem aber nur ex justa causa, und nach der L. C. mittelſt in integrum rest. eine Zurücknahme möglich[29]).

§. 126.

Confessio in jure*).

Von größerer Wirkſamkeit, als jenes erfragte Geſtändniß, konnte das freywillige ſeyn. Denn was die 12 Tafeln bey geſtändiger Geldſchuld annehmen (§. 46), iſt in den Formularprozeß, und wohl überhaupt in das Edict des Prätors übergegangen — „confessi pro judicatis habentur“[1]). Es ſind immer „in jure confessi“ gemeint[2]), und es galt das vorerſt auch nur, wenn die Pflicht zum dare, und zwar wie in den 12 Tafeln certae quantitatis eingeräumt worden. In dieſem Falle wurde der confessus ohne Judicium[3]), und ohne daß ein Rechtsmittel zuläſſig war[4]), und auf dieſelbe Weiſe wie der judicatus[5]), und nach Verſtattung derſelben

---

25) Hollweg S. 122. 26) L. 9 §. 8 D. ht.

27) S. §. 121, Not. 14).

28) L. 13—16 D. ht. S. §. 126.

29) L. 11 §. 8, 10, 11, 12 pr. D. ht.

*) Tit. de confessis, D. 42, 2. C. 7, 59. — Die Noten zu Paul. II, 1 §. 5. V, 5a, §. 2—5, bey Schulting. — Hollweg Verſuche, S. 259 fgg.

1) Paul. V, 5a, §. 2. L. 1, 3, 4, 6 pr. §. 1, 2 D. ht. L. 4 C. de rep. her. (6, 31).

2) L. 56 f. de re jud. (42, 1). L. un. C. ht.

3) Paul. II, 1 §. 5. L. un. C. cit. Hollweg S. 263, Not. 17).

4) Weder das in duplum revocare, Paul. V, 5a, §. 2, noch Appellation, Paul. V, 35 §. 2. S. §. 168.

5) L. Gall. Cisalp. c. 21, 22. Paul. V, 5a, §. 4. L. 31 de re jud. L. 9 C. de ex. rei jud. (7, 53). — L. 8 D. de cess. bon. (42, 3).

Digitized by Google

Frist[6]) zur Zahlung genöthigt. Wer aber ein anderes certum (rem), oder ein incertum confitirte, den sollte der Magistrat zu bestimmen suchen, daß er sich über eine Summe vereinbare[7]), indem sonst das Judicium und die Condemnation größern Nachtheil bringen könnte. Nur haftet ex confesso auch, und wohl sehr bald schon, wer den Grund der aquilischen, und der aus dem Damnationslegat auf certa res gerichteten Klage eingeräumt hat[8]). Diese beyden Klagen sind die einzigen, bey welchen lis infitiando crescit in duplum, s. §. 180, ohne daß sie ursprünglich, wie die beyden andern (judicati und depensi actio), auf Geld gingen. Es wird hier, wenn Geständniß vorliegt, und blos keine Vereinbarung über den Werth, allerdings ein Judex, aber „non rei judicandae sed aestimandae" gegeben[9]). Das Geständniß geht folglich als ein unabänderliches in die Formel über, die Klage wird zur confessoria actio[10]), und nur die Schätzung ist der Zweck einer auf das Geständniß noch folgenden L. C. und Condemnation[11]). Endlich aber sind diese Grundsätze durch eine oratio D. Marci auf *„omne omnino* quod quis confessus est" ganz ohne Unterschied der Klagen ausgedehnt worden[12]). Es konnte jezt selbst arbitraria formula auf den Grund der confessio gegeben, d. h. der Richter angewiesen werden, nur insofern zu ästimiren, als

---

6) Paul. V, 5a, §. 2. L. 6 §. 6 D. ht. L. 21 de jud. (5, 1). L. 71 §. 2 de leg. 1 (30). L. 31 D. cit.

7) L. 6 pr. §. 1 D. ht. — — urgeri debet, ut certum confiteatur, item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur. L. 4 C. de rep. her. (6, 31).

8) L. 4 D. ht. L. 23 §. 10, 11, L. 24, 25, 26 D. ad l. Aq. (9, 2). L. 20 pr. de i. i. j. (11, 1). L. 71 §. 3 de leg. 1 (30). L. 61 ad l. Falc. (35, 2).

9) L. 25 §. 2, L. 26 ad l. Aq.

10) L. 23 §. 11, L. 24—26 ad l. Aq. L. 20 pr. de int. in jur. L. 4 D. ht.

11) Vgl. L. 3, 5 D. ht. Hollw. S. 265 fgg.

12) L. 6 §. 2 ht. L. 56 de re jud.

Digitized by Google

nicht reſtituirt (exhibirt u. ſ. w.) werden würde[13]). Wie die interrogatio, ſo wirkt auch dieſe confessio nicht gegen Dritte[14]), und nur in ſoferne, als beyde Theile bey dem Magiſtrate gegenwärtig waren[15]). Factiſcher Irrthum ändert nichts[16]), wenn nur das „quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest“[17]), wie ja beym Urtheil ebenfalls der Fall iſt. Uebrigens ſezt die confessio Verhältniſſe voraus, über welche die Privaten disponiren können[18]), und das muß auch vom deferirten Eide gelten, welcher ausdrücklich als Vergleich betrachtet wird[19]). Hierin freylich geht das Urtheil weiter, weil es nicht auf Parteywillkühr beruht[20]). Die bisher geſchilderte confessio unterſcheidet ſich aber von der durch interrogatio zu erzwingenden darin, daß ſie grade die actio oder den Grund derſelben, das dare oportere, das debere, rem ejus esse, oder das occidisse, vulnerasse ſelbſt betrifft. Daher konnte der interrogatus nie pro judicato gelten[21]). Einräumungen anderer Art hatten dieſe Wirkungen nicht, ſie paßten wohl nicht in die Formel[22]). Geſtand der Kläger den Grund der Einrede, ſo wurde freylich die Klage, geſtand der Beklagte den Grund der Replik, ſo wurde die Exception u. ſ. w. denegirt[23]). Im Uebrigen haben die in jure beym Ordinarprozeſſe, wie in extraordinariis judiciis, ferner die in judicio und die außergerichtlich vorgekommenen Bekenntniſſe

---

13) L. 6 §. 2 cit.

14) L. 20 pr. de int. in jur. 15) L. 6 §. 4 D. ht.

16) Ueber L. 2 D. ht. ſ. Hollw. S. 271 fg.

17) L. 14 §. 1 D. de int. in jur. vgl. mit L. 23 §. 11, L. 24, 25 pr. ad leg. Aq. L. 4, 8 D. ht.

18) Arg. L. 6, 24, 39 C. de lib. caus. (7, 16). L. 27 D. de statu hom.

19) L. 2, L. 31 f. D. de jurejur. (12, 2). S. §. 127.

20) S. §. 137 a. Colluſion würde auch das Urtheil annulliren.

21) Deswegen ſteht auch der Titel de int. in jure nicht, wie der de confessis, bey der res judicata.

22) Hollw. S. 270. 23) S. §. 49 u. §. 92.

Digitized by Google

im Ganzen einen und denselben Character: sie machten an sich nicht formelles Recht, waren also auch nicht unumstößlich, sondern hatten nur für die richterliche Ausmittelung der Wahrheit mehr oder weniger Gewicht[24], und gehen uns also hier nicht weiter an.

§. 127.

Deferirter Eid*).

Auch durch Eidesdelation kann die L. C. selbst vertreten, und wie durch Geständniß und Urtheil, formelles Recht erzeugt werden[1]. Daß sich die Parteyen Eide wirksam deferiren konnten, das war vielleicht schon zulässig[2], ehe es der Prätor in sein Edict in der Art aufgenommen hat, daß er erklärt: „si is cum quo agetur, conditione delata, juraverit .... ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo“[3], und ferner: „eum a quo jusjurandum petitur, solvere aut jurare cogam“[4]. Während man also nur auf gewisse Interrogationen, so muß man dagegen auf jede Art der Eidesdelation[5], nämlich in jure, sich einlassen. Ob im prätorischen Edicte selbst noch Näheres gestanden, wissen wir nicht. Aber in der Praxis und Doctrin hat die Sache

24) Vgl. §. 132 u. Hollw. S. 283 fgg., S. 288 fgg.

*) D. de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali (12, 2). C. de reb. cred. et jurejur. (4, 1). — *J. Fr. de Malblanc*, doctrina de jurejurando, ed. 2. Tüb. 1820, p. 70 sqq. — Hefftter Institt. S. 195 fgg.

1) L. 56 de re jud. Post rem judicatam, *l. jurejurando decisam*, l. confessionem in jure factam nihil quaeritur —.

2) Wenn Cic. de off. III, 31 auf die auch durch die XII Taf. bestätigte Heiligkeit des Eides bey den Alten hindeutet, wovon im Allgemeinen auch Gell. VII, 18 spricht, so ist gewiß nicht blos eine specielle Bestimmung gemeint, und auf keinen Fall ist erweislich, daß in privatrechtlicher Hinsicht eine Sanction über den Eid in den XII T. gestanden. S. Dirksen XII T. S. 635—637.

3) L. 3 pr. L. 7 pr. D. ht. 4) L. 34 §. 6 eod.

5) L. 3 §. 1 D. ht. mit Not. 6).

Digitized by Google

folgende Gestalt erhalten. 1. Eine Partey kann die andere schwören lassen (jusjurandum deferre) über die actio selbst nicht minder als über einzelne dieselbe begründende Thatsachen, positiv und negativ, dari mihi op. oder non op., domino dari non op., rem (fundum, hereditatem, usumfructum) meam esse, petitoris non esse, nihil praestari op., mihi deberi, ferner: in potestate mea non esse, mulierem praegnantem esse, non esse, ferner: furtum se non fecisse, furtum sibi factum alicujus rei, vendidisse me ei rem centum, ob decem pignori dedisse fundum, rem sibi in dotem dedisse u. s. w. [6]). 2. Beydes kann vor dem Prozeß [7]) oder in jure geschehen (in wiefern in judicio, s. §. 150). Aber nur in jure muß man schwören, oder wird als Beklagter zur Erfüllung verpflichtet, als Kläger der actio verlustig, es sey denn, daß a. der Gegner den Eid erläßt (remittit), was der wirklichen Leistung gleich gilt [8]) oder daß b. der Eid zurückgeschoben wird (referre), was in der Regel [9]) zuzulassen ist, und in der verweigerten Ableistung des referirten Eides liegt das umgekehrte Geständniß vor [10]). Auch kann c. von dem, welcher deferirt, zuvor ein Eid de calumnia verlangt werden [11]). Daß d. gewisse Personen nicht zum Eide gezwungen werden können [12]), und

---

6) L. 3 §. 2, 3. L. 9 §. 1, 3, 5, 6, 7, L. 11 pr. §. 1, 2, 3, L. 13 pr. §. 1—6, L. 14, 23, 25, L. 26 §. 1, L. 28 §. 2, § 5—10, L. 29, L. 30 §. 1, 2, 4, 5, L. 39, L. 42 pr. §. 1, 2 D. ht. L. 25 §. 1 D. de const. pec. (13, 5).

7) L 28 § ult., L. 9 pr. L. 29 D. ht.

8) L. 6, L. 9 §. 1 ht.

9) Denn vgl. L. 11 §. 3, L. 12, 13 D. ht.

10) L. 25 §. 1 de const. pec. — quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam ut ipse juret. L. 38 D. ht. L. 8, 9 C. ht.

11) L. 34 §. 4, 7, L. 37 D. ht. L. 25 §. 3 de prob. (22, 3). L. 9 C. ht. S. §. 180.

12) Bey Gell. X, 15 wird folgendes prätor. Edict erwähnt: *Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialem in omni mea jurisdictione*

daß die Beurtheilung der Relevanz, Ehrbarkeit und Fassung des Eides dem Magistrate überlassen bleibt, versteht sich von selbst[13]). Aber in der Regel ist keine Befugniß da, von dem allgemeinen *solvere aut jurare cogam* abzuweichen. Es kann daher unsere s. g. Gewissensvertretung nicht zu den Gründen gezählt werden, aus welchen der Prätor etwa nach seinem Ermessen die Verweigerung der Eidesleistung gestatten dürfte[14]). 3. Die außergerichtliche Ableistung des deferirten Eides beruht auf freywilliger Uebereinkunft; die Wirkung aber ist dieselbe, wie wenn der in jure deferirte oder referirte Eid geschworen worden. Die alte actio wird grade wie durch L. C. und Urtheil, obwohl nur immer indirecter

---

jurare non cogam. Ferner können natürliche Gründe hinderlich seyn, z. B. Pupillen können nicht gezwungen werden, L. 26, L. 34 §. 2, L. 42 D. ht., u. Gründe der Pietät, L. 14 D. ht.

13) L. 34 §. 5, 8 D. ht.

14) Gewöhnlich nimmt man an, die Gewissensvertretung sey dem röm. Rechte fremd, und Quinct. I. O. V. 6 gedenke ihrer nur raisonnirend, vgl. Glück Comm. Bd. 11, S. 327 fgg. u. jezt auch wieder *Ge. G. Lueder* de origine et fundam. probationis pro exoner. conscientia, Gott. 1827, 8, p. 1—49. A. M. ist *Malblanc* §. 59, p. 150 sqq Den im Texte verworfenen künstlichen Ausweg haben eingeschlagen Goldschmidt Abhh. aus dem Civilproz., S. 70 fg., Linde Abhh. Bd. 1, S. 76—78. — Die Sache steht aber so. In jure handelt es sich nicht um Beweis, durch Eidesdelation soll formales Recht erwirkt werden; dieser auf prät. Edicte gegründeten Befugniß kann der Gegner nicht durch eine materielle Beweisführung entgehen — er, der schwören oder zurückschieben kann, darf sich auch nicht über Unrecht beschweren, L. 34 pr. D. ht. — Aber in judicio tritt lediglich der Gesichtspunkt des Beweisens ein, hier ist jene Delation eines der verschiedenen Beweismittel (§. 135), allein hier beruht auch die Pflicht der Annahme auf keinem positiven Rechtssatze, sondern ist es ganz allein der Leitung des Richters überlassen, durch welche der gebrauchten Beweis- und Gegenbeweismittel er auf seine Ueberzeugung wirken lassen wolle, hier kann er nach seiner Einsicht Delation zulassen, selbst deferiren u. s. w., u. insofern auch Gewissensvertretung gestatten. Nur darauf bezieht sich Quinctilians Erörterung.

Digitized by Google

Weise, nämlich mittelst jurisjurandi exceptio consumirt[15]), und zwar ganz, d. h. so daß nicht einmal die Wirksamkeit einer naturalis obligatio zurückbleibt[15a]), und ein neues auf den Eid gegründetes Verhältniß erzeugt[16]). Insofern tritt der Eid „in locum litis contestatae“[17]), kann nur insoweit erzwungen werden, als man auch „cogitur judicium accipere“[18]), hindert wie die L. C. den Ablauf der temporalis actio“[19]), und wird wie die formula vom Magistrate nach dem Willen der Parteyen concipirt[20]), wogegen aber nun eine formula nicht ertheilt[21]), vielmehr eine L. C. über die alte actio überflüssig wird[22]). Nur muß dann der Eid den ganzen, und zwar in einer bestimmten Geldsumme ausgedrückten Anspruch umfassen. Denn sonst wird immerhin eine gleich der interrogatoria oder confessoria durch den Eid modificirte[23])

---

15) L 30 § 3 D. ht. — consumit actionem —. L. 28 §. 4, 6, 7 — licet per aliam actionem eadem quaestio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat. §. 8, 9, L. 30 §. 4, L. 31 D. ht.

15a) L. 40 D. ht. — efficit, ut pignus liberetur, est enim acceptilationi simile: perpetuam certe exceptionem parit — —. L. 43 de cond. ind. (12, 6). L. 27 D. ht. Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

16) Daher L. 26 §. 2 h. t. — ex numero esse potest videri *novandi delegandive* — quamvis habeat et instar judicii. L. 21, 27, L. 28 §. 1 eod. L. 17 §. 2 eod. L. 30 pr. D. eod. L. 4 C. ht.

17) L. 28 §. 2 de jud. (5, 1).

18) L. 28 §. cit. L 34 §. 3 D. ht.

19) L. 9 §. 3 eod. 20) L. 34 §. 5 eod.

21) L. 7, L. 9 pr. eod. postquam juratum est, *denegatur* actio. L. 11 §. 3 eod. Si — juravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate *pronuntiatum esset*. L. 31 D. ht. Ist eben das zweifelhaft, an jusjurandum datum sit, d. h. ob ein gerichtlich zugelassener Eid im Wege stehe, so wird freylich die actio gegeben, aber zugleich auch jurisjurandi exceptio, L 9 pr. cit.

22) Keller, S. 50 fgg.

23) Daher war über den den alten Verhältnissen zu gestattenden Einfluß gestritten worden. Nach L. 9 § 2 D. ht. Si damnetur quis post jusjurandum ex famoso judicio, famosum esse ma-

Digitized by Google

actio ertheilt[24]). Es iſt die alte[25]), jezt utiliter und zwar als fictitia gegebene, indem das, was beſchworen worden, als begründet angeſehen werden ſoll[26]). Ferner kann es aber 4. auch darüber, an juratum sit? alſo über dieſelbe Frage, auf welcher auch die jurisjurandi exc. beruht[27]), zu einer der judicati analogen actio kommen, „jusjurandum (wie confessio) vicem rei judicatae obtinet“[28]). Daß es bey confessio einer ſolchen Klage nicht bedurfte, hat wohl darin ſeinen Grund, daß das Daſeyn einer bindenden confessio nicht wie das eines gültigen Judicats oder Eides von factiſchen Zweifeln, oder neu zu beurtheilenden Bedenklichkeiten abhängen konnte[29]). Fallen ſolche bey einem Judicate oder Eide weg, ſo ſteht Beydes der confessio völ-

---

gis est, und nach L. 30 pr. D. ht. Qui juravit, ex ea actione, quae inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait — et potest dici, *hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari.*

24) L. 9 §. 7 D. ht. Si petitor juraverit, possessore deferente, rem suam esse, actori *dabitur actio.* L. 11 §. 2, L. 13 §. 3 eod. L. 7 §. 7 de Publ. in rem (6, 2).

25) Daher wird die temporalis actio perpetuirt, Not. 19), und durch den Eid, fundum suum esse, eine nachfolgende longi temp. praescriptio eben ſo, wie durch Lit. Cont. gehindert, L. 13 §. 1 ht. Anders erklärt ſich darüber Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2, S. 76.

26) L. 11 §. 3 ht. ſ. Not. 21) u. ferner: *perindeque* haberi, quod juratum est, *atque si probatum esset, idcirco utilis actio* mihi competit. L. 13 §. 5 eod. L. 30 §. 2 eod. Si mulier juraverit, decem dotis sibi deberi, tota ea summa praestanda est; sed si juravit, decem se dedisse in dotem, hoc solum non erit quaerendum, an data sint, sed (vermittelſt utilis actio) *quasi data sint*, quod ex eo reddi oportet, praestandum erit.

27) L. 9 §. 1 D. ht.

28) L. 1 pr. D. quar. rer. a. non dat. (44, 5). L. 26 §. 2. L. 35 §. 1 D. ht. L. 8 C. ht. — ad similitudinem judicati in factum actio competit.

29) Hollweg, S. 263, Not. 17).

lig gleich. 5. Wie über die Klage, so konnte auch über Einwendungen u. s. w. ein Eid deferirt werden, woraus sich die Consequenzen leicht selbst ziehen lassen. Uebrigens beruht 6. auch dieser Eid auf Uebereinkunft [30]), weshalb er nur unter denselben Personen, unter welchen auch Geständniß, L. C. oder Urtheil, wirken kann [31]), und nur pecuniariae causae betreffen darf [32]), und nicht einmal, wie bisweilen ein Urtheil, bey welchem materielles Recht wenigstens beabsichtigt wird (z. B. wegen neu aufgefundener Instrumente) aufgehoben werden kann [33]). Denn selbst erwiesener Meineid wird nur criminell bestraft, und Labeo's Meinung, daß alsdann de dolo actio zu geben sey, erhielt keinen Beyfall, indem Julian nicht einmal die replica doli gegen jurisjur. exceptio gestattet [34]). 7. Auch der Ort, wo geschworen wird, ist in jure, wenn nicht besondere Rücksichten ein „domum mitti" gestatten [35]), und daß grade die Gottheit angerufen werde, war nicht nöthig, sofern die Parteyen über eine andere Formel einig geworden sind [36]).

V. Zeit der gerichtlichen Verhandlung.

§. 128.

Jahreszeit. Dauer.

Die Instruirung des Judiciums geschah pro tribunali, also an den Sessionstagen (§. 6), aber wie es scheint auch nur zu bestimmten Zeiten des Jahrs und zwar zu solchen,

30) L. 2, L. 26 §. 2 D. ht.

31) L. 7 §. 7 de Publ. (6, 2). L. 9 §. ult. L. 10, 11 pr. D. ht.

32) Paul. II, 1 §. 1. L. 34 pr. D. ht.

33) L. 31 D. ht. Vgl. §. 168.

34) L. 21, 22 D. ht. L. 15 D. de exc. (44, 1). L. 1 C. ht. §. 4 I. u. Th. de exc. (4, 13).

35) L. 15 D. ht.

36) L. 5 pr. D. ht. — — omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est, et si ex eo fuerit juratum, Praetor id tuebitur. L. 13 §. 6, L. 33 eod.

wo auch die judices keine vacatio hatten, welche Gerichtszeit den rerum actus in Rom ausmachte [1]), wie in den Provinzen die conventus [2]). Wenn nämlich die gegebene formula nur eine bestimmte Zeit lang ihre Gültigkeit behält, so mußte dem Kläger wenigstens kein juristisches Hinderniß im Wege stehen, sogleich den Richter angehen zu können. Bey den judicia imperio continentia galt nun aber die formula nur so lange, als das Imperium des Magistrats, der sie ertheilt hat, und die anfangs unbeschränkten legitima judicia gehen zufolge einer lex Julia judiciaria (Bd. 1, §. 36) [3])

1) Gaj. II, 279 sagt nämlich de fideicommissis semper in urbe jus dicitur, de legatis vero, *cum res aguntur*, was wohl den Sinn hat: Fideicommisse, bey welchen blos der Magistrat thätig ist, können jederzeit verhandelt werden, aber was an den Judex kam, nur dann, wenn auch die Sache vor demselben verhandelt werden (res agi) konnte. Denn daß dieser „rerum actus", wenigstens unter den Kaisern, nicht zu jeder Zeit Statt fand, ergibt sich aus Suet. Claud. c. 23 init. vgl. mit Octav. c. 32 f., Galba c. 14 f. Dazu *Casaubonus* u. *Ernesti*. Man könnte zwar geneigt seyn, diese Stellen blos auf die publica judicia (Assisen) zu beziehen, wenn nicht die Stelle des Gajus u. die Analogie der conventus in den Provinzen dazu käme.

2) Hier heißt es auch „forum agere", Cic. ad Att. V, 16 auch ad div. III, ep. 6; ἀγοραῖοι ἄγονται in act. Apostol. XIX, 38, vgl. *Püttmann* Miscell. c. 25; tempus, quo causae agebantur, s. Serv. in Note 6). Vgl. auch Lydus de mensib. c. 9. Wenn aber Festus sagt, v. *Conventus* quatuor modis intelligitur — tertio, cum a magistratibus judicii causa populus congregatur, u. man glaubt das mit *Raevard*, Protrib. c. 16 nur auf Rom beziehen zu können; so würde also selbst der Ausdruck auch da vorkommen. S. auch Theoph. I, 6 §. 4: — τὸν καιρὸν τοῦ κονβέντου — u. *Hefftter* ad Gaj. p. 30. Vergleicht man aber Plin. epp. X, 66: „Cum citarem judices — conventum inchoaturus": so ist es doch wohl der Richterverein für publica judicia, welcher hier u. bey Festus conventus genannt wird.

3) Eine ältere Spur dieses Termins glaubt Hefftter Instit. S. 172, Not. 46 u. Obss. p. 97, not 3) in Cic. pro Qu. c. 8 finden zu können. Mit ihm Linde in Ztschr. f. Civilr. und Proz. Bd. 2, H. 1, S. 156.

Digitized by Google

in 18 Monaten unter (expirare, mori), daher das Sprichwort: „e lege Julia litem anno et sex mensibus mori“ [4]). Das mußte da, wo alle judicia nur imperio continentia seyn konnten, also namentlich in den Provinzen im Anfange des Amtsjahres, einen großen Andrang von Litiganten herbeyrufen [5]), unter welchen alsdann das Loos über die Reihenfolge entschied [6]), sofern nicht ausnahmsweise zu schneller

---

4) Gaj. IV, 104, 105. Vgl. nun auch L. 32 de jud. (darüb. bey Not. 10)) L. 18 §. 4 de dolo (4, 3), dazu Keller S. 145 fgg., L 2 de div. temp. praescr. (44. 3), L. 3 §. 1 quae in fraud. cred. (42, 8), L. 30 §. 1 ad leg. Aq. (9, 2). L. 8 §. 1 ratam rem (46, 8), vielleicht auch L. 2 jud. solv. (46, 7). Daß aber auch anderweitiges Erlöschen der judicia durch expirare bezeichnet werden konnte: L. 19, L. 24 §. 7 sol. matr. S. Keller S. 160 fg. — Da auch Justinian eine Frist für Prozesse angeordnet (§. 151), so hatten manche Juristen um so mehr auch für die ältere Zeit eine solche angenommen (daß freylich die praescriptio triennii, l. *tricennii*, bey Sidon. Apollin. VIII, 6 nicht auf eine solche, wie *Raevard.* Var. IV, 14 gemeint, sondern auf die 30jährige Klagverjährung geht, hat man längst eingesehen, vgl. Dirksen XII T. S. 632. Keller S. 143 fg.). S. *Cujac.* Obss. XVII, 23 u. Recit. in c. pen. X. de jud. *A. Faber* Ration. ad L. 18 §. 4 cit. — *Brisson.* de V. S. v. Legitimus, nr. 15 glaubt, wegen L. 32 de jud., die lex Julia habe ein legitimum tempus ad judicandum eingeführt, dagegen *Bynkersh.* Obss. VII, 23 (s. Note 12)), daß kein Magistrat ein Judicium über die Dauer seines Amtes anordnen konnte. Also hatte jener für die legitima, dieser für die imperio cont. judicia das Richtige geahnet. [*Chr. Treitlinger* Diss. de termino litium ante Justinianum, Argent. 1760, 4 habe ich nicht erhalten können]. — Jezt, nach Gajus, s. Dirksen Beyträge, S. 271—274. Francke Civ. Abhh., Gött. 1826, S. 74—79. Keller, S. 130—165.

5) So würden wenigstens die bekannten Worte bey Juven. Sat. XVI, v. 42 sq.: „Exspectandus erit, qui lites inchoet, annus“, u. bey Serv. ad Virg. Aeneid. II, 102 — quia in ordinem dicebantur causae, propter multitudinem vel tumultum festinantium, *cum erat annus litium*, ihre Erklärung finden, und man braucht namentlich nicht mit *Pithoeus* Subsec. lib. 2, c. ult. die Worte c. e. a. l. herauszuwerfen.

6) Zu den Worten *uno ordine* bey Virgil macht Servius die

Beförderung Grund da war, wie bey denen, die weit her reisen mußten [7]), vielleicht auch bey gewissen Arten von Rechtsstreitigkeiten, z. B. etwa bey den Interdicten. Wie aber dieser Zustand der Dinge mit den nicht grade nur im Anfange des Jahrs gehaltenen conventus (§. 6) zusammenhängt, ist dunkel. Bey den legitimis judiciis fiel der Zudrang insofern weg, als hier die Frist keine relative war. Eine kürzere Frist konnte und pflegte wohl auch der Magistrat bey Ernennung des Judex zu bestimmen, die denn in der Regel mit Zustimmung der Parteyen verlängert [8]), oder bey Erneuerung des Judex erneuert werden durfte, was sich sogar im Zweifel von selbst verstand (obgleich übrigens das Judicium dadurch, daß ein neuer Judex eintritt, keine Veränderung erleidet) [9]); nur durfte die gesezliche Zeit nicht überschritten werden [10]). Sie lief also auch bey Erneuerung des Judex ununterbrochen fort [11]). Bey den auf dem Imperium des Magistrats beruhenden judiciis konnte der Judex natürlicher Weise nicht zu der Zeit zu judiciren angewiesen werden, wo der bestellende Magistrat bereits abgetreten seyn würde [12]). Durch diese Pro-

obige Bemerkung, u. zu den Worten *sine sorte* bey Virg. Aen. VI, v. 431: „sine judicio. Traxit autem hoc ex more Romano. Non enim audiebantur causae, nisi per sortem ordinatae. Nam tempore, quo causae agebantur, conveniebant omnes. Unde et Concilium ait. Et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exsequerentur." Das Lezte ist wieder dunkel. Virgil selbst hat freylich von etwas ganz Anderem gesprochen.

7) S. §. 17, Not. 7). Sid. Apollin. IV, 6 ad fin. „tribue — peregrino celeritatem." *Noodt* de jurisd. c. 10 fin.

8) L. 2 §. 2, L. 32 de jud. L. 13 §. 1 de jurisd. (2, 1). — Gell. XII, 13, f. §. 3, Not. 15).

9) L. 76 de jud. S. §. 119, Not. 23). 10) L. 32 de jud.

11) Vgl. Keller, S. 139 fgg.

12) Auf jene judicia ist L. 13 §. 1 de jurisd. zu beschränken, aus welcher Bynkershoek in Verbindung mit L. 15 pr. de re jud. u. L. 32 de jud. die Not. 4) erwähnte Theorie gebildet.

zeßverjährung wird also den bereits zur L. C. gediehenen Klagen, sie mögen nun perpetuae gewesen, oder durch dieselbe, wie man es nennt, perpetuirt worden seyn, nur noch eine beschränkte Dauer verstattet, und im Ganzen mag das solange fortbestanden haben, als der ordo judiciorum. Indessen dürfte es in den Provinzen schon dadurch früher abgekommen seyn, daß die Willkühr der Kaiser den regelmäßigen Wechsel der Vorsteher unterbrach [13]). Immerhin mochte zwar alsdann kein Judex gradezu über die Zeit der Amtsführung hinaus bestellt werden können, aber, wenn allgemein ohne Fristbestimmung bestellt, auch nachher haben judiciren dürfen [14]).

§. 129.

Tagszeit. Ferien*).

Es ist ferner hier, beym Uebergange vom Verfahren in jure zu dem in judicio zu bemerken, daß, wie keine legis actio, so in der Regel weder vom Magistrat noch vom Judex an den nefasti und (hinsichtlich der Rechtspflege) sonstigen feriati dies eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden konnte [1]). Es waren die feriae entweder solennes (ein für allemal bestimmt), oder repentinae [2]). Zu den ersten gehörten die Festtage [3]), z. B. auch der Tag vor dem neuen Jahre und die schon sehr frühe als feriae behandelten Aerndte- und Weinlesezeiten [4]), auf welche sich noch eine oratio D.

13) Tac. A. I, 80. IV, 6. Suet. Tib. c. 41.

14) So würde sich L. 13 §. 1 cit. mit L. 49 §. 1 de jud. vereinigen lassen. Vgl. mit *Bynkersh.* l. c. Keller, S. 162 fgg.

*) D. de feriis et dilationib. et div. temp. (2, 12). Vgl. auch §. 110 und §. 152. — *Siccama* de jud. centumv. mit *Zepernik*, II, 1 fin., p. 124—126.

1) L. 1—3, L. 5, 6 D. ht.

2) L. 26 §. 7 ex quib. causs. maj. (4, 6). L. 3 C. de dilatt. (3. 11).

3) Es war Willkühr, wenn Kaiser an fasti u. religiosi dies zu Gericht saßen, Suet. Claud. c. 14.

4) Macrob. Sat. I, 16. Suet. Jul. c. 40 mit Plin. epp. VIII,

Digitized by Google

Marci bezieht, welche aber doch ausnahmsweise, namentlich wo Gefahr beym Verzug, und gewisse Acte der freywilligen Gerichtsbarkeit gestattet [5]). Sie wurden in den Provinzen von den Vorstehern „ex consuetudine cujusque loci" angesagt [6]). Extra ordinem indictae aber wurden Ferien vom Consul, Prätor, Kaiser, wegen freudiger Ereignisse, in honorem principis u. s. w. und freylich nicht immer in Bezug auf gerichtliche Acte [7]). Indessen trafen die Kaiser auch hin und wieder Sorge, daß der „dies judiciariae" nicht zu wenige wurden [8]). Was die Tageszeit betrifft, so mochte des Nachts freylich auch kein Magistrat zu Gericht gesessen haben [9]), aber das in den 12 Tafeln gegründete Verbot (§. 110) ging aufs Judicium, und bestand auch im Formularprozesse, wenigstens zu Cicero's Zeit, wenn er sagt: „nox tibi finem dicendi fecit" [10]), und es scheint auch in der Folge [11]).

Zweyte Hälfte.
Nach der Litiscontestation.

§. 130.
Einleitung.

Sowie lis contestirt ist, muß die Sache vor den Ju-

---

21. — Gell. IX, 15. — per feriarum tempus aestivarum. Statius Pap. Sylvae, IV, v. 39 sqq. — L. 1—3 D. ht.

5) L. 1—3 D. ht. Auch bloße plenaria interpellatio, L. 11 §. 6 D. ad l. Jul. de ad. (48, 5). Arg. L. 8 C. de fer. (3, 12).

6) L. 4 D. ht.

7) L. 26 §. 7 cit. L. 7 pr. D. de off. proc. (1, 16).

8) Suet. Octav. 32, Claud. 23. Tac. A. XIII, 41. Capit. Marc. 10: „fastis dies judiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret."

9) Doch August „ipse jus dixit assidue, et in noctem nonnunquam" nach Suet. Oct. c. 33.

10) Cic. pro Tullio c. 6, p. 105 sq. ed. H. Vgl. *Huschke* ibid.

11) *Idsinga* lib. varior. c. 9, p. 74 sqq.

Digitized by Google

dex (die Recuperatoren) kommen. Bey der legis actio per judicis postulationem und per condictionem wurde schon in jure der Tag verabredet, an welchem man sich vor dem Judex einfinden wolle, s. §. 42 fg. Das könnte in den Formularprozeß übergegangen seyn. Gewiß ist wenigstens, daß man sich deshalb keine besondere Sicherheit geleistet hat. Denn das Vadimonium (die cautio judicio sisti) geht auf Sistirung vor dem Magistrate (§. 112), die ohnehin nicht allgemeine cautio judicatum solvi wird erst nach dem Judicate wirksam, und überhaupt, was der entscheidendste Grund ist, konnte jeder Theil darauf antragen, daß auch in des Gegners Abwesenheit erkannt werde, s. §. 136. Ueber den datus judex selbst war soviel früher schon bemerkt worden, daß er sich mit consiliariis umgeben konnte, vielleicht auch vor Eröffnung des Verfahrens einen Eid auf treue Pflichterfüllung leisten mußte (§. 12). Die Römer haben eigene Schriften über das officium judicis geschrieben[1]). Einer aufgetragenen Sache mußte sich der Richter in der Regel unterziehen (operam dare[2])), obwohl Verhinderungen eintreten konnten, welche die Ernennung eines andern Judex nöthig machten[3]). Ueber das, was vor ihm verhandelt worden, mußte er auch in gewisser Zeit ein Erkenntniß abgeben (pronuntiare)[4]), denn nach verhandelter Sache wird er nicht leicht excusirt[5]), er wolle denn eidlich erklären, „sibi non liquere“[6]), wodurch freylich eine neue judicis datio nothwendig wird. Verhandlung und Urtheilsfäl-

---

1) Gell. XIV. 2. — Tit. I. de officio judicis (4, 17) Hefftter Instit. S. 229 fgg. S. §. 131.

2) L. 18 pr. D. de jud. (5, 1). L. 13 pr. de vacat. (50, 5). *Cujac.* Obss. V, 33.

3) S. §. 119, Not. 23), u. was noch nachher der Text erwähnt.

4) L. 74 pr. L. 49 §. 1 eod. vgl. mit §. 128.

5) L. 13 §. 3 D. de vac. (50, 5) vgl. mit §. 12.

6) Gell. l. c. L. 36 D. de re jud. (42, 1). Arg. L. 13 f. de rec. (4, 8).

Digitized by Google

lung[7]) waren öffentlich und mündlich. Ob jene auch im Formularprozesse mit einem beyderseitigen kurzen Sachvortrag begonnen, ist nicht grade gewiß[8]). Worauf es ankömmt, besagt die Formel, und normirt eventuell die Entscheidung. Die Parteyen können hier — was sie, soweit es dahin gehörte, auch schon bey der L. C. konnten — die für diesen Fall ausgewirkten responsa oder kaiserlichen Rescripte produciren, welche beyde zur Kaiserzeit für den fraglichen Fall bindend waren (legis vicem hatten)[9]), jene wenn sie nicht durch ein entgegengesetztes Responsum entkräftet zu werden vermochten, diese, wenn sie nicht erschlichen waren[10]). Die streitige Thatfrage zu ermitteln, ist aber allein des Richters[11]), und seine Ueberzeugung zu bestimmen, der Parteyen Sache. Sie sollen sogleich mit ihren Beweis- und Gegenbeweismitteln ausgerüstet vor ihm erscheinen[12]). Die Wechselreden der Parteyen (causae peroratio) wurden hier gehalten; gewöhnlich mehrere, daher prima, secunda actio auf der einen und auf der andern Seite, wie bey unsern Wechselschriften[13]); und es ordnet der Richter, wenn er es zu seiner Aufklärung bedarf, causam ampliari an[14]). Daß die Redner je durch eine gesezlich vorgeschriebene Zeit beschränkt gewesen wären, das läßt sich für Civilsachen

---

7) S. noch §. 133, §. 137.

8) Bey der sacramenti actio war es der Fall, s. §. 38, Not. 22), 23). Vgl. ferner Gell. V, 10 u. Nonius v. Causam conjicere.

9) — „si modo tempus, in quo *allegari* vel *audiri* debent, non sit comprehensum", sagt in Bezug auf Rescripte Claudius in L. 2 C. de div. rescr. (1, 23).

10) Vgl. die, jedoch durch die gegenwärtige Darstellung berichtigten, §§. 45 u. 54 in Bd. 1.

11) L. 79 §. 1 de jud. (5, 1).

12) Macrob. Sat. II, 12 sub. fin.

13) Cic. pro Flacco, c. 20 fin. Arg. Cic. pro Caec. c. 2, 3, 33. Cic. pro Tull. init. u. cap. 6. Vgl. *Huschke* ibid. p. 98 sq.

14) „*Amplius* de consilii sententia pronuntiare", vgl. *Brisson.* de form. V, c. 214.

Digitized by Google

nicht, wie allerdings bey publicis judiciis [15]) nachweisen, und es kam vor, daß die Redner, wie es hieß, „dicendo diem eximerent", so daß wenigstens die Urtheilsfällung, weil die Nacht eingetreten, verschoben werden mußte [16]). Höchstens konnte der Prätor eine Zeit vorschreiben, und der Richter, welcher das ganze Verfahren leitet, durfte gewiß bey allzugroßen Abschweifungen ermahnend und hindernd eingreifen [17]). Dilationen anzuordnen, war lediglich seine Sache, und diese konnten bey der Beweisführung vielfach nöthig werden [18]), oder auch blos um für das Urtheil Bedenkzeit zu gewinnen [19]).

§. 131.

Rechtliche Stellung des Richters.

Vor dem Richter soll Beweis geführt werden. Das ist wesentlich. Das Beweisinterlocut, was man wohl auch im römischen Prozesse gesucht hat, liegt höchstens in der Formel. Prozeßleitende Aussprüche (nur nicht förmliche Decrete, die blos der Magistrat erläßt), überhaupt einzelne vorläufige Verfügungen, ein interloqui, welcher unbestimmte Ausdruck vom Judex wie vom Magistrat gebraucht wird [1]),

15) Vgl. Cic. pro Quint. 22 u. *Ge. Chr. Burchardi* de ratione temporis ad perorandum in jud. publicis ap. Roman., Kil. 1826, 4.

16) Cic. pro Tullio c. 6, u. daſ. *Huschke*, p. 108.

17) Vgl. Cic. pro Qu. c. 9. Plin. epp. VI, 2, und *Huschke* p. 105 sq.

18) Tit. D. de fer. et dilationibus, ſ. ob. §. 129, Not. *). C. de dilationib. (3, 11). Vgl. L. 36 pr. D. de jud. L. 7 D. ht. L. 1 C. ht. *Westenberg* D. Marcus, c. 4, p. 56 sqq.

19) Gell. XIV, 2. Arg. L. 13 f. de rec. (4, 8).

1) Verfügung auf einseitigen Antrag, ohne causae cognitio, ein als Rath, Drohung oder zur Nachricht vorläufig ertheilter Ausspruch, eine Anordnung zur Leitung der Execution u. ſ. w. wird so bezeichnet, vgl. *Brisson.* vv. Interloqui u. Interloquutio, u. noch L. 3 §. 1 D. de off. praef. vig. (1, 15). L. 32 D. de poen. (48, 19). — Rubr. T. D. de re jud. et de eff. sententiar. et *de*

Digitized by Google

waren freylich unentbehrlich. Objective Beweisregeln gibt es im Ganzen keine, s. den vor. und die ff. §§., es hat der Richter jedesmal sich selbst zu fragen, ob er überzeugt sey, nicht nach äußern Normen zu entscheiden. Deshalb darf er insofern allerdings mit unsern Geschwornen verglichen werden, aber desto weniger in jeder anderen Beziehung. Den Prozeß leitet, und das Urtheil spricht er selbst aus, wodurch er nichts weniger als blos die Thatfrage entscheidet, wenn es auch nur überhaupt eine wahre Trennung zwischen dieser und der Rechtsfrage gäbe. Denn ob ihn zwar die Instruction des Magistrates bindet, so ist diese selbst äußerst allgemein [2]), auch da, wo das richterliche officium am meisten beschränkt ist. Denn aus welchen Gründen Jemand dare oportet, oder eine Sache alicujus est, das kann doch nur wieder nach Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden. Gar auf das bonum et aequum verwiesen, wo z. B. auch die Zulässigkeit der Exceptionen seiner Entscheidung anheim gegeben ist, kann er fast nur allein als der Urtheiler, wie es auch sein Name mit sich bringt, betrachtet werden. Jeder nach der Litiscontestation eintretende Umstand bleibt ohnehin seiner Beachtung ausschließlich überlassen [3]). So urtheilt er also in der That über das Recht nicht minder, wie über das Factum, obwohl evidente Rechtsverletzung wiederum der Controle des Magistrats anheim gegeben ist, s. §. 161, welchen er auch über das Recht consultiren konnte [4]). Die Formel kann daher im Wesentlichen nur als die mehr oder minder beschränkte Vollmacht zum Judiciren angesehen werden; durch sie erhält der Richter als bloßer Privatus

---

interlocutionibus (42, 1). C. de sent. et *interlocutionibus* omnium judicum (7, 45). — Zur Zeit der christlichen Kaiser hieß auch die Zulassung oder Verwerfung einer Einrede interlocutoria, L. 37, 65 C. Th. de app. (11, 30).

2) Stahl üb. d. ält. R. Klagr. S. 15 fg.

3) L. 73 f. de proc. (3, 31). L. 25 §. 8 de Aed. ed. (21, 1).

4) L. 79 §. 1 de jud. (5, 1).

von der competenten Behörde die absolvendi vel condemnandi *potestas* [5]), und zwar auf den Grund einer deshalb unter den Parteyen selbst begründeten Obligation (§. 120). So sein Verhältniß zur Formel und zum positiven Rechte. Den Parteyen gegenüber gilt derselbe Grundsaz wie bey uns, nur die von ihnen selbst vorgebrachten Thatsachen darf er berücksichtigen [6]). Denn wir finden nirgends, daß sich der Richter andere Kunde über die factischen Verhältnisse verschaffen, oder etwa seine zufällige eigene Wissenschaft derselben beachten dürfte. Gleichfalls darf er, wie auch der Magistrat nur die verlangten Actionen, Exceptionen u. s. w. gibt, weiter nichts, als was verlangt worden, zuerkennen. Jede Rücksicht nun, die ihm nicht speciell die Formel auferlegt, gehört zum officium judicis in diesem engern Sinne [7]). Officio judicis werden die Einreden bey bonae fidei actiones und überall zugelassen, wo er deshalb eine blos generelle Instruction erhalten. Officio judicis beachtet er bey jeder Art von actio die ipso jure tilgenden Umstände, deren thatsächliche Begründung freylich von den Parteyen selbst geltend gemacht werden muß. Zu diesem officium gehört also nicht blos dasjenige, was, wie wir es nennen ex officio geschehen muß, wie die Beurtheilung und Anwendung der Rechtsgrundsätze, die Befolgung der in der Formel enthaltenen oder solcher specieller positiver Vorschriften, die ihn von Amtswegen zu irgend einer Thätigkeit verpflichten [8]). Den Umfang der anzuhörenden Parteyanträge bestimmt die intentio, und der darauf gegründete condemnatorische oder absolvirende Theil der Formel. Das schüzt gegen Veränderung des Gesuchs, Verspätung von Einreden

---

5) Varro: „*Judex* quod jus dicit *recepta potestate*."

6) S. die Erzählung bey Gell. XIV, 2.

7) S. §. 130, Not. 1). *Fr. J. Stahl* ad L. 18 de rei vind., Monach., 1828, 4, p. 8 sq.

8) *Brisson.* v. Officium, nr. 4. Gaj. II, 222.

u. s. w. [9]). Was dagegen erst in judicio vorzubringen ist, das war andererseits keiner Art formeller Beschränkung unterworfen, es konnte in jeder Einkleidung, in einer der verschiedenen Reden, und zu jeder Zeit bis zur wirklichen Urtheilsfällung geltend gemacht werden. Darum eben war eine strenge Rücksicht auf ein bestimmtes Gesuch, wie bey uns, gar nicht möglich, und wir haben auch davon keine Spur. Nur darauf kam es an, daß der Wille der Parteyen und der Stand der Sache aus den Vorträgen beyder Theile im Allgemeinen entnommen werden konnte; denn auch ihren unbestimmten Aeußerungen soll der Richter möglichst nachzuhelfen suchen [10]).

§. 132.

Beweisführung *).

Den Parteyen liegt es ob, den Richter von der Wahrheit der Thatsachen zu überzeugen, auf welchen die Anerkennung ihres Rechts beruht. Also muß beweisen, wer behauptet, „qui dicit, non qui negat [1]), mithin der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte den Grund seiner Einreden u. s. w. Mißlingt der Beweis der Klage, so wird für den Beklagten, der Beweis der Einrede, so wird gegen ihn gesprochen u. s. f. [2]). Den und den trifft das onus probandi heißt weiter nichts als, wenn er nicht beweis't, muß er unterliegen [3]). Soweit gehen die allgemeinen Regeln des

9) L. 18 D. comm. div. (10, 3): — ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.

10) L. un. C. ut quae desunt advocatis partium, judex suppleat (2, 11).

*) D. de probationib. et praesumptionib. (22, 3). C. de probationib. (4, 19).

1) Cic. part. or. 30. L. 2 D. ht. L. 23 C. ht.

2) L. 4 C. de edend. (2, 1). L. 2 C. ht. L. 28 C. de R. V. (3, 32). — L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6). §. 4 I. de int. (4, 15). — L. 12, 19 pr. D. L. 1, 19 C. ht. L. 9 C. de exc. (8, 36), u. s. w.

3) L. 62 D. de jud. L. 14 D. ht. L. 7 §. 5 de lib. caus.

Digitized by Google

römischen, wie jedes andern Rechts, weil es nur die auf der Natur der Sache beruhenden Grundsätze sind, welche bey jeder Form des Prozesses dieselben seyn müssen. Es hat also auch vor dem Formularprozeß ebenso gehalten werden müssen, und in der Folge nicht verändert werden können[4]). Die theoretische Auffassung ist allerdings Product der Wissenschaft, und der Ausdruck, sowie die Anwendung des allgemeinen Satzes: „nur wer behauptet, muß beweisen" kann verschieden seyn[5]). Bey den Römern aber wird das onus probandi gar nicht zum Voraus bestimmt, Beweis und Gegenbeweis, directer oder indirecter, nicht äußerlich geschieden. Vorerst bringt, wie sich von selbst versteht, der Kläger bey, was seine Behauptung unterstützen, die des Gegners entkräften soll, dann eben so dieser, und es kann hierauf wieder jener fortfahren, solange es nur der Judex gestattet. Auch peremtorische Termine gibt es keine andern, als die endlich vom Richter versagte Dilation (§. 130 a. E.). Und nun erst, nach beendigtem Verfahren, prüft derselbe, wem und inwieweit das onus probandi obgelegen. So wie über die Zulassung von ferneren Beweismitteln, so auch ob er überzeugt sey, ist er ganz auf die Natur des Rechtsverhältnisses selbst und auf sein eigenes Arbitrium verwiesen[5a]). Daher kennt das römische Recht hierüber nur so wenige allgemeine Regeln[6]). Die Wahrheit aber, welche in judicio gesucht wird, ist eine wirkliche, keine blos formelle. Darum galt der, welcher *in judicio* confitirte, keineswegs pro judicato[7]). Das Geständniß konnte

(40, 12). — L. 18 f. de o. n. n. (39, 1). L. 14 D. de Carb. ed. (37, 10).

4) Hollweg Vers. S. 319 fgg.

5) S. darüber Hollw. a. a. O., Abh. 5. Linde in Ztschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 1, Abh. 5.

5a) Gell. XIV, 2. Quinct. I. O. V, c. 1—8.

6) Hollw. S. 254, S. 320 fg.

7) Paul. V, 5a, §. 3 mit Arg. L. 7 D. de conf. (42, 2). Hollw. S. 284.

Digitized by Google

möglicher Weise widerrufen werden, und es war überhaupt des Richters Sache, wie viel Gewicht er darauf legen zu müssen glaubt; Regeln darüber sind nicht vorhanden. Es versteht sich, daß der Richter auf ein unumwundenes Geständniß auch gradezu sein Urtheil gründete[8]), obwohl auch der Gegenbeweis des Irrthums vor beendigter Sache[9]) nicht abgeschnitten seyn konnte[10]). Die eigentlichen Beweismittel sind Zeugen oder Urkunden[11]). Daneben sind Vermuthungen (praesumtiones) von großem Gewichte, und die Casuistik der römischen Juristen hat derselben eine große Menge aufgestellt. Wieviel der Richter darauf gibt, ist seine Sache, soweit sie nicht gesezlich, d. h. überhaupt durch das, was legis vicem hat, begründet sind, denn alsdann müssen sie durch Gegenbeweis entkräftet werden[12]). Je nach Verschiedenheit der Verhältnisse wird auch evidentissima, manifesta, also eine vollständigere probatio als in andern Fällen gefodert[13]). Was nicht durch Gegenbeweis entkräftet werden darf, ist nicht mehr Vermuthung, sondern Fiction, wirklicher Rechtssaz. Von selbst versteht sich, daß die Parteyen auch durch Berufung auf Präjudicien (§. 96), durch künstliche Schlüsse (argumenta), durch Notorietät und Gerüchte (rumores), des Richters Ueberzeugung zu gewinnen suchen können[14]).

§. 133.

Zeugenbeweis *).

Der Beweis durch Zeugen wurde so geführt, daß die-

8) Cic. pro Qu c. 24. L. 5 C. de trans. (2, 4).

9) L. 7 C. de juris et fact. (1; 18).

10) Tit. C. de error. advoc. (2, 10).

11) *Convinci* (quis, im Gegensatze des confiteri) non nisi scriptis aut testibus potest, Paul. l. c. — §§. 133, 134.

12) Z. B. L. 25 pr. § 1 D. ht. — Gaj. III, 179 vgl. mit L. 8 C. de novat. (8, 42). §. 3 I. q. m. o. t.

13) *Brisson.* v. Probatio.

14) Quinct. l. c. L. 19 C. de R. V. (3, 32). L. 2 C. de testib. (4, 20).

*) Tit. de testibus, Paul. V, 15. D. 22, 5. C. 4, 20.

Digitized by Google

ſelben natürlicher Weiſe von den Parteyen denominirt, und durch Vermittlung des Magiſtrats, auch aus der Ferne, vorgefodert (evocare) [1]), und am Orte der gerichtlichen Verhandlung öffentlich von beyden Parteyen oder ihren Sachwaltern befragt wurden [2]). Den blos vorgeleſenen Ausſagen (recitare testimonium), wenn z. B. eine Stadt ein Zeugniß ausſtellte, und die ſchon deshalb vorkommen mußten, weil es für jezt in Civilſachen noch keinen Zwang zur Ablegung eines Zeugniſſes gab [3]), mußte freylich weniger Glauben beygelegt werden, in welchem Sinne ſich noch insbeſondere ein Hadrianiſches Reſcript ausgeſprochen hat [4]). Auch eine vorläufige Vernehmung von Zeugen, die ſpäterhin verloren werden könnten, kann nach kurzer Unterſuchung (summatim re exposita) beym Prätor durchgeſezt werden [5]).

---

1) Daß es vom Richter abhing, wie viel Zeugen er evociren laſſen wolle, das galt nicht blos im Criminalprozeſſe, L. 2 §. 3 de jud. L. 1 §. 2, L. 3 §. ult. D. ht. Suet. Claud. 15, vgl. mit §. 17, Not. 6).

2) Quinct. I. O. V, 7. — *Brisson.* de form. V, c 205—208. — Freylich beziehen ſich die meiſten älteren Nachrichten über Zeugenvernehmungen auf Accuſationen, allein es wurde nach dieſer Analogie auch im Civilprozeſſe verfahren.

3) Schon aus den XII Taf. ergibt ſich das indirect dadurch, daß die bey Mancipationen gebrauchten Zeugen, welche hernach das gerichtliche Zeugniß verſagen, nur für improbi intestabilesque erklärt werden, Bd. 1, §. 128 im A. Und ſo iſt denn auch in der Folge nur in Criminalſachen Zeugniß erzwungen worden, L. 4, 5. L. 21 §. 1 D. ht. vgl. mit Quinct. l. c., wo die voluntarii testes und die necessarii in causis publicis unterſchieden werden. Darauf alſo nur gehn die geſtatteten Excuſationen, L. 6 §. ult. L. 8, 19 D. ht. Erſt Juſtinian hat den Zwang auch in Civilſachen eintreten laſſen, ſ. §. 148. Glück Comm. Bd. 22, S. 164 fgg., S. 245.

4) Vgl. Cic. Verr. II, 46, 64, 67. III, 31. pro Flacc. 16, 17. pro Archia, c. 4. — L. 3 §. 3, 4 D. ht. — S. auch Aur. Vict. Ars rh. VI, 8.

5) L 40 D. ad l. Aq. (9, 2).

Die Kosten sind übrigens den Zeugen vergütet worden[6]). Beeidigung derselben fand jezt gleichfalls nur erst in Criminalsachen Statt[7]). Ueber Glaubwürdigkeit und nöthige Zahl der Zeugen gab es, ganz im Geiste der römischen Beweistheorie, keine bestimmten Normen. Man ließ sich zunächst ganz von selbst durch die Grundsätze leiten, welche freylich in der Doctrin zu einer bewußten Entwicklung gekommen sind, und nicht besser ausgesprochen werden können, als es in zwey Rescripten Hadrians geschieht. „Der Richter müsse selbst zusehen, welchen Eindruck die Zeugen auf ihn machten, wie viel Glaubwürdigkeit die Personen verdienten, und wie viel innere Wahrscheinlichkeit ihre Aussagen hätten, die im Falle des Widerspruchs nicht gezählt, sondern gewogen werden sollen, indem Verdacht der Feindschaft oder Gunst, guter Ruf, Würde, Stand, Vermögen, die Uebereinstimmung der Aussagen mit sich selbst, und mit dem, was durch andere Argumente für die Wahrheit der Sache gewonnen wird, in die Wagschaale gelegt werden müssen“[8]). Demzufolge gab es auch in dieser Zeit des Formularprozesses nur höchstens einige negative Bestimmungen, wie die von selbst entstandene, daß die weiter nicht unterstüzte Aussage eines einzigen Zeugen nichts beweise[9]), daß man nicht in eigener Sache als Zeuge vernommen werden könne[10]), und nicht Eltern für ihre Kinder oder umgekehrt, sowie sie auch nicht gegen einander, sowenig wie liberti gegen ihre Patronen zum Zeugnisse gelassen werden sollen[11]). Auch wird das domesticum testimonium, oder das Zeugniß derer, die uns unterworfen sind, obwohl zunächst im Criminalprozesse, we-

---

6) L. 3 §. 4 D. L. 11, 16 C. ht.

7) Val. Max II, fin. Quinct. l. c. nr. 5, vgl. mit §. 148.

8) L. 2, L. 3 pr. §. 1, 2, L. 21 §. 3 D. ht. Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. 5, S. 197 fg.

9) L. 20 D. de quaest. (48, 18). 10) L. 10 D. ht.

11) L. 9 D. eod. Paul. V, 15 §. 3. L. 6 C. ht.

Digitized by Google

nig berücksichtigt[12]). Die Bestimmung der lex Julia de vi ist von der Praxis generalisirt und auch auf Civilsachen angewandt worden, daß Unmündige[13]), Meineidige, oder die sich sonst durch Verbrechen des Glaubens unwürdig gemacht haben, oder die sich haben bestechen lassen, zum Zeugniß unfähig sind[14]). In den Instructionen der praesides steht auch (mandatis cavetur), sie sollten den Patron nicht zum Zeugnisse lassen in der Sache, in welcher er den Anwalt macht, „quod et in executoribus negotiorum observandum est," setzt Arcadius Charisius, von welchem die Nachricht herrührt, hinzu[15]). Auf der andern Seite können auch Sclaven vernommen werden, freylich hauptsächlich in Criminalsachen, wo es auch zur Anwendung der quaestio kam, indessen fremde Sclaven durften auch in Civilsachen zur Unterstützung gebraucht werden. Wieviel Gewicht auf ihre Aussage zu legen, blieb ja immerhin dem Richter überlassen[16]). Eine vom Zeugenbeweis verschiedene Beweisführung durch Sachverständige kennt das römische Recht nicht, obwohl der Richter, oft selbst ein solcher arbiter, wo er zu seiner Aufklärung dergleichen bedarf, sie von selbst zuzieht[17]).

---

12) L. 6, 7 D. h. t. 13) L. 3 §. 5, L. 19 D. h. t.

14) L. 3 §. 5 mit L. 13 D. h. t. L. 16 eod. Paul. V, 15 §. 1.

15) L. ult. D. h. t. Wie das zu verstehen, darüber ist schon viel geschrieben worden, vgl. Nov. 90, c. 8. Hefftter Instit. S. 205 fgg. Not. 20). Linde in Ztschrft. f. Civilr. und Proz. Bd. 1, H. 1, S. 285 fgg.

16) L. 7 D. h. t. L. 9 pr. L. 20 D. de quaest. (48, 18). Paul. V, 16 §. 2. L. 1 f. C. de quaest. (9, 41). — L. 58 §. 2 de Aed. ed. (21, 1). L. 8 § 1 C. eod. Gegen oder für ihre eigene Herren können Sclaven in Civilsachen nicht zum Zeugnisse gelassen werden, Paul. V, 16 §. 1, 4, 5. L. 7 D. de prob. (22, 3). L. 1, 12, 15 C. de quaest. (9, 41).

17) S. auch L. 1 §. 10 de insp. ventr. (25, 4). — D. si mensor (11, 6).

§. 134.

Urkundenbeweis *).

Ueber den Beweis durch Urkunden, tabulae, instrumenta i. e. S. [1]), gibt es zunächst wiederum keine besonderen Normen. Enthalten sie Aussagen dritter Personen, so haben sie als geschriebene Zeugnisse geringe Glaubwürdigkeit, s. §. 133, und was Jemand für sich selbst annotirt hat, konnte natürlicher Weise für sich allein nicht als beweisend gelten [2]), wohl aber das, was Jemand in einer Urkunde gegen sich einräumt [3]). Im Ganzen bleibt der Richter immerhin auf seine eigne Logik verwiesen. Ein besonderes Verfahren über Anerkennung producirter Urkunden hat nicht existirt. So lange Niemand die Echtheit derselben bestreitet, dürfen auch keine Zeugen dagegen vernommen werden [4]). Die geleugnete Echtheit muß auf die gewöhnliche Weise, also hauptsächlich durch Zeugen, dargethan werden. Der Kläger muß aber die Urkunden, deren er sich bey dem Richter bedienen will, wenigstens nach Pandectenrecht, schon bey der actionis editio vorzeigen (edere) [5]), wenigstens abschriftlich. Das Datum ihrer Ausstellung kann außer bey Rechnungen vorläufig wegbleiben [6]). Daß durch Abschriften gar nicht bewiesen werden könne, läßt sich nicht behaupten, sobald nämlich ihre Uebereinstimmung mit dem Original dargethan wird [7]). Nur der Fiscus soll aus authenticis, nicht aus exemplis (Abschriften) oder aus dem Register (in-

*) D. de fide instrumentor. et amissione eorum (22, 4). C. de f. instr. et am. eor. etc. (4, 21).

1) L. 1 D. ht. Quinct. V, 9.

2) L. 5, 6, 7 C. de prob. (4, 19).

3) L. 26 §. 2 D. dep. (16, 3). Ueber Hausbücher, s. Bd. 2.

4) Paul. V, 15 §. 4.

5) L. 1 §. 3 D. de edendo (2, 13). Almendingen in Grolmans Mag. Bd. 1, S. 293 fg.

6) L. 1 §. 2 D. eod.

7) L. 67 D. de adm. tut. (26, 7). L. 11 C. ht.

Digitized by Google

dex) ſeine Klage begründen[8]). Uebrigens finden ſich über die Frage in den Digeſten und dem Codex Normen ausgeſprochen: inwiefern der Beſitzer einer Urkunde verpflichtet ſey, ſie des Beweiſes wegen zu ediren[9])? Soweit man als Miteigenthümer, in Folge eines obligatoriſchen Verhältniſſes, oder nach den Grundſätzen der actio ad exhibendum u. ſ. w. Herausgabe oder Vorzeigung von Urkunden fodern kann, entſchieden nur die allgemeinen Grundſätze[10]). Aber der bloßen Beweisführung wegen Jemanden ſeine Urkunden in Hände zu geben, zu dieſem *edere*, im Unterſchiede von *exhibere*, war Niemand verpflichtet. Nicht einmal der Kläger braucht dem Beklagten zur Begründung der Exceptionen, oder der Beklagte dem Kläger zur Begründung der Klage, Urkunden zu ediren[11]). Nur bey Geldfoderungen ſoll, kaiſerlichen Reſcripten zufolge, der Beklagte verlangen können, daß der Kläger ſeine Geſchäftsbücher (rationes) vorlege[12]). Die Argentarien waren ſchon durch ein prätoriſches Edict verpflichtet, ihre Bücher, und zwar datirt, vorzulegen, es ſey als Kläger, Beklagte oder dritte Perſonen,

8) L. 2 D. ht. oder Paul. V, 12 §. 11. Spangenberg im Archiv f. civ. Prax. Bd. 2, S. 104 fg.

9) Almendingen a. a. O. Bd. 1, nr. VII u. dazu Bd. 2, nr. III. Goldſchmidt Abhh. aus dem Civilproz. nr. VII.

10) L. 5, 8 pr. D. fam. erc. (10, 2). — L. 3 §. 14 ad exh. (10, 4). L. 10 D. de in lit. jur. (12, 3). L. 4, 6 C. ad exhib (3, 42). — L. 9 pr. D. ht. L. 8 pr. D. mand. (17, 1). L. 52 pr. de A. E. V. (19, 1). L. 1 §. 3 de tutelae (27, 3). — D. de tabulis exhib. (43, 5). L. 24 C. de fideic. (6, 42).

11) L. 1 C. Herm. 7. L. 4, 8 C. de ed. (2, 1). L. 7 C. de test. (4, 20).

12) L. 5, 6, 8 C. de edendo. Nur auf Delatoren bezieht ſich die auf Senatsbeſchluß und Reſcripten, namentlich Hadrians und der D. fratres, beruhende Ausnahme zu Gunſten des Fiscus, welchem der Beklagte bey Geldanſprüchen die zur Begründung der Delation erfoderlichen Urkunden ediren muß, L. 3 D. de ed. L. 2 §. 1, 2 D. de jure fisc. (49, 14). Allgemeiner nimmt es Glück Bd. 22, S. 117 fg.

wenn nur, wer es verlangte, de calumnia ſchwor. Sie konnten deshalb durch in factum actio auf id quod interest belangt werden [13]). Der Grund war, daß ihre Bücher gleichſam mit jedem, mit welchem ſie in Geſchäftsverhältniß ſtanden, gemeinſam waren [14]), und ihr Geſchäft gewiſſermaßen als ein öffentliches betrachtet wurde [15]). Man hat es auch auf nummularii ausgedehnt [16]). Die Einſicht in öffentliche Acten (civilia und criminalia) ſoll, reſcribirt Severus, zur Ermittelung der Wahrheit immer geſtattet ſeyn [17]).

§. 135.

Eid *).

Hat der Richter nur nicht vollkommen überzeugt werden können [1]), ſo kann er den Beweis-führenden Theil noch ſchwören laſſen [2]). Wie frühe dieſes ſ. g. juramentum suppletorium [3]), offenbar ein bloßes Product der richterlichen Praxis, aufgekommen, das nachzuweiſen iſt nicht möglich [4]), da es ſo alt und älter ſeyn könnte als der Formularprozeß. Ob aber auch die Partey den Eid als Beweismittel gebrauchen, d. h. in judicio deferiren könne, dieſe (fürs Juſtinianeiſche Recht zu bejahende, §. 150) Frage wird (fürs ältere

---

13) L. 4—13, L. 6, L. ult. D. de edendo.

14) L. 4 §. 1 eod.

15) L. 10 §. 1 eod.

16) L. 9 §. 2 eod.

17) L. 2 C. de edendo.

*) Vgl. §. 127, Not. *).

1) Denn wo nichts bewieſen wird, da kann der Richter auch durch Eid nicht nachhelfen, ſ. Gell. XIV, 2.

2) Gajus in L. 31 D. de jurejur. (12, 2): — solent saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit. Diocletian in L. 3 C. de R. C. (4, 1). In bonae fidei contractibus nec non etiam in ceteris caussis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

3) *Malblanc*, p. 186 sqq.

4) Die Stellen in Not. 2) ſind die einzigen, welche davon ſprechen.

Digitized by Google

Recht) meistens verneint. Allerdings ist es nur der Magistrat, welcher dem Edicte zufolge zu schwören zwingt, und die Nothwendigkeit, den deferirten Eid anzunehmen oder zurückzuschieben, nur *in jure* begründet, s. §. 127. Auch könnte auf keinen Fall über das Recht oder Nichtrecht selbst wie dort, so auch in judicio der Eid deferirt werden. Aber über Thatsachen konnte *officio judicis* doch immerhin eine Eidesdelation und Relation zugelassen werden, und das scheint auch wirklich der Fall gewesen zu seyn [5]). Nur durfte hier, wo es auf materielles Recht ankam, die Abwendung der Eidesleistung durch Beweisführung gewiß nicht versagt werden, und in dieser Beziehung war also auch unsere s. g. Gewissensvertretung im römischen Rechte begründet [6]). — Eigenthümlicher Art ist das schon bey Cicero [7]) erwähnte juramentum in litem [8]), dessen uns völlig unbekannter Ursprung doch wohl in einem prätorischen Edicte zu suchen ist. Es vertritt als eidliche Werthangabe von Seiten dessen, dem Ersaz zu leisten ist, die Stelle richterlicher Schätzung [9]), weshalb darüber auch schon in §. 57 gesprochen werden mußte. Der Judex deferirt den Eid [10]), und zwar bevor er zur wirklichen Verurtheilung schreitet, bey den arbiträren Klagen im Falle der contumacia, und über-

---

5) Wenn auch L. 34 §. 8, 9 D. de jurejur. interpolirt seyn mag, so vgl. L. 21 de dolo (4, 3), Keller S. 50 fg. Note. Ferner L. 25 §. 3 de prob. (22, 3). L. 35 pr. de jurej. L. 5 §. 2 eod., und insbesondere Quinct. I. O. V, 6. Aur. Victor ars rhet. VI. 8. Dazu kömmt die Nachricht von einer auf den Grund einer Eidesdelation gefällten Entscheidung des Centumviralgerichts, Dial. de orat. c 6. Senec. controv. lib. 3, praef. Hefftter Instit. S. 195, Not. 21b).

6) S. §. 127, Not. 14). 7) Cic. pro Rosc. C. c. 1.

8) Tit. de in litem jurando, D. 12, 3. C 5, 53.

9) L. 4 §. 4 D. ht. Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, *sed aestimationem a judice faciendam.* L. 14 §. 9 D. quod vi aut clam (43, 24).

10) L. 4 §. 1, 4 eod.

Digitized by Google

haupt da, wo dem Gegner dolus oder culpa lata zur Last fällt, die Klage sey welche sie wolle [11]). Denn obgleich bey den arbitrariis und bonae fidei judiciis häufiger, so kömmt doch auch bey den stricti juris actiones dieser Eid vor [12]), sobald nämlich nicht die Formel selbst schon auf eine certae pecuniae condemnatio gerichtet, und dadurch jede aestimatio ausgeschlossen ist. Wo Jemand nicht schwören kann, wie ein Pupill, oder auf diesen Vortheil verzichtet, da bleibt es bey der richterlichen Schätzung [13]).

§. 136.

Contumacialverfahren *).

Bleibt nach bereits contestirter lis und erfolgter Auffoderung (citatio) [1]) der Kläger aus, so kann der Beklagte dennoch auf Verhandlung der Sache dringen, und absolvirt [2]), aber freylich auch condemnirt werden, was nur seltner der Fall gewesen seyn mochte [3]). Bleibt der Beklagte aus, so tritt das von uns s. g. Contumacialverfahren ein [4]).

---

11) L. 1. L. 2 § 1, L. 4 §. 4, L. 5 §. 3 D. ht. L. 15 §. 11 mit §. 9 D. quod vi aut clam. L. 2, 4 C. ht. Vgl. §. 65, Not. 8) und §. 67.

12) L. 5 pr. mit §. 4 D. ht.

13) L. 4 pr. D. ht. L. 71 de R. V. (6, 1). L. 2 C. ht.

*) C. quomodo et quando judex sententiam proferre debeat praesentibus partib. l. *una parte absente* (7, 43). — Literatur: §. 112, Not. *), und über Contumacia überhaupt, d. h. durch alle Stadien des Prozesses auch *Vultejus* de judiciis, p. 357 sqq. Hefftter Institt. S. 302 fgg. S. ferner die Note 4).

1) S. ob. §. 115, Not. 2) und L. 73 pr. D. de jud. L. 8 C. quomodo et quando (7, 43).

2) L. 28 pr. D. de app. (49, 1). — L. 27 §. 1 de lib. caus. (40, 12).

3) L. 6 §. 3 D. de conf. (42, 2) — nec *solet* quis absenti condemnari.

4) Manche glauben, daß dieses Verfahren nicht nach der Litiscontestation, sondern beym desertum vadimonium eingetreten, s. §. 116, Not. 6). (Hefftter a. a. O. läßt es vor u. nachher ein-

Digitized by Google

Der anwesende Kläger muß nunmehr wiederum das Tribunal des Magistrats angehen, welcher den Beklagten durch öffentliche Anschläge (edicta), und zwar „per intervallum non minus decem dierum“ zwey-, auch dreymal, nach Umständen aber auch durch „unum edictum pro omnibus“ auffodert, sich zu stellen, zulezt oder resp. schon zum erstenmal mit der Drohung: „etiam absente diversa parte cognituruin se et pronuntiaturum.“ Dieses Edict ist das peremtorium (weil es *perimit* disceptationem) [5]). Der Beklagte, welcher nun dennoch „praesentiam sui facere *contemnit*,“ ist jezt *contumax* [6]), und lis oder causa deserta [7]), obwohl auch ohne peremtorium edictum, wenn specielle Auffoderung die Stelle vertritt [8]). Er wird abermals citirt, alsdann aber auf jeden Fall die Sache verhandelt und das Urtheil pronuntiirt, in der Regel freylich [9]), obwohl nicht mit Noth-

---

treten.) Die Gründe sind L. 28 pr. D. cit., die aber vom abwesenden Kläger spricht; daß nicht der Juder sondern der Magistrat eingreife (s. aber L. 4 C. ht.), worüber sich der Text erklärt; u. weil erst Justinian in L. 13 §. 3, 4 C. de judic. ein solches Verfahren auch nach der Litiscont. eingeführt habe. Allein Justinians Neuerung betrifft die Abwesenheit des Klägers, während für den Beklagten ausdrücklich das alte Recht bestätigt wird, s. §. 151. Aber überhaupt kann vor contestirter Lis weder condemnirt noch absolvirt werden. Vgl. *Stieber* de bon. emtione, p. 31 sqq. Zimmern in (Erlang.) Jahrb. der jurist. Literatur, Bd. 8, S. 245—247.

5) L. 68—75 D. de jud. (5, 1). Paul. V, 5ª, §. 6. L. 8, 9 C. ht.

6) L. 53 pr. §. 1 D. de re jud. (42, 1).

7) L. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5). L. 54 §. 2 de re jud.

8) So wenigstens scheint L. 2 C. ht., ein Rescript Gordians, erklärt werden zu müssen: Cessante quoque causa peremtorii edicti, adversus eos qui admoniti judicio adesse noluerunt, sententiam a judice posse proferri certum est.

9) So, oder von den Kosten, oder von unzulässiger Appellation ist es also zu verstehen, wenn Hermogenian in L. 53 pr. D. de re jud. sagt: Contumacia eorum, qui jus dicenti non obtemperant, *litis damno coercetur*.

Digitized by Google

wendigkeit, gegen den Beklagten[10]). Das nun iſt es, was Ulpian und Juſtinian eremodicium nennen[11]). Daß in contumaciam vom Judex geſprochen werde, iſt gar nicht einmal nöthig, ſondern es konnte auch der Magiſtrat ſelbſt, wenn er findet, daß, weil Widerſpruch fehlt, mit kurzer Vernehmung des Klägers die Sache abzuthun iſt, ſelbſt entſcheiden[12]), aus welchem Urtheil aber die judicati actio wie aus dem des Judex entſpringt[13]). Bleibt der aus, welcher das peremtorium edictum ausgewirkt, ſo muß er ein neues nachſuchen, es wird nicht lis, ſondern nur instantia edicti eingebüßt[14]). Wer aber als contumax verurtheilt worden, kann, wenn er es wirklich war, nicht appelliren oder in duplum revociren[15]), ſondern wird nur, wenn dazu Gründe vorhanden ſind, in integrum reſtituirt. Hingegen iſt das Urtheil gradezu null, wenn nicht ſo, wie gegen den Abweſenden geſchehen mußte, verfahren, oder auch, wenn er nach ſeinem Tode condemnirt worden (morte peremtorium solvitur), oder wenn dem Magiſtrate die Jurisdiction gar nicht zugeſtanden u. ſ. w.[16]). In der ſpäteren Zeit ſind auch zugefertigte literae, denuntiationes, ſtatt der Edicte üblich geworden (§. 151), auch hat Diocletian

10) L. 73 pr. D. de jud. — L. 1 §. 3 D. quae sentent. sine app. (49, 8). L. 1 C. ht. vgl. mit §. 137.

11) L. 7 f. de min. (4, 4). L. 13 pr. D. judic. solvi (46, 7). — L. 13 §. 3, 4 C. de jud. (3, 1). Nov. 69, c. 3 pr.

12) L. 1 C. quor. app. non recip. (7, 65).

13) L. 75 D. de jud. L. 5 C. ht., wo der Präſes, vgl. mit L. 4 C. eod., wo der *datus* judex das Urtheil geſprochen.

14) L. 73 §. 1, 2 D. de jud.

15) L. 23 §. 3 eod. L. 23 §. 3 de app. (49, 1). L. 1 C. quor. app. (7, 65). L. 1 C. Greg. 10, 1. Paul. V. 5a, §. 7. S. auch L. 31 §. 2 de neg. gest. (3, 5). Der in Abweſenheit abgewieſene Kläger kann allerdings appelliren, L. 28 pr. D. de app. (49, 1).

16) L. 7 f. L. 8 D. de min. (4, 4). L. 75 de jud. (5, 1). L. 53 §. 2, 3, L. 54, L. 59 §. 3 de re jud. (42, 1). L. 1 §. 3 D. quae sent. sine app. (49, 8). L. 4, 5, 7, 10 C. ht.

reſcribirt, daß man ſich zu ſtellen gezwungen werden, oder daß der Kläger auch missio in die bona ſeines ungehorſamen Gegners nachſuchen könne, wodurch dieſer dann genöthigt wird, die Stelle des Klägers zu übernehmen[17]).

§. 137.

Sententia. Res judicata *).

Des Richters endliche Entſcheidung (sententia) muß ſeiner Inſtruction zufolge entweder condemniren, und zwar auf certa pecunia[1]), oder abſolviren[2]). So unterſcheidet ſich die (definitiva) sententia[3]) von jeder interlocutio[4]), oder von jedem andern jussus, auch wenn er vom Judex exequirt werden kann. Denn es kann derſelbe zwar ſogar die intentio ſelbſt als begründet darſtellen, wie bey dinglichen Klagen rem actoris esse oder non esse pronuntiiren, Reſtitution, Exhibition, mandatum actionis, Cautionsleiſtung, anbefehlen, aber dadurch doch nur eine, es ſey condemnirende oder abſolvirende, Endſentenz vorbereiten[5]). Ueber ihre Faſſung haben keine Vorſchriften exiſtirt. Sie war eine ganz beliebige, ſofern es nur nicht an der nöthigen Vollſtändigkeit[6]) und Beſtimmtheit fehlte, wo dann freylich die Sentenz null war[7]), z. B. bey der condemnirenden Sentenz hinſichtlich der zu zahlenden Summe[8]), nicht aber wenn

---

17) L. 8 f. C. eod.

*) D. 42, 1. C. 7, 45. S. §. 131, Not. 1). C. 7, 43, f. §. 136, Not. *).

1) S. §. 56 im Anf. L. 4 §. 3 D. ht. L. 13 §. 1, L. 27 f. L. 59 pr. D. eod. Tit. C. de sent. quae sine certa quantitate profertur (7, 46).

2) L. 1 D. ht. L. 3 C. ht. (7, 45), u. §. 51, Not. 7).

3) L. 3. 11 C. ht. 4) S. §. 131, Not. 1).

5) S. §. 67. *Ribbentr.* daſ. p. 39 sq. Keller S. 212 fgg.

6) Z. B. L. 11 C. ht. 7) L. 4 §. 6 D. ht. u. §. 167.

8) „Solve quod oder quantum petitum est“ kann genügen, L. 59 pr. §. 1 D. ht., ingleichen L. 5 §. 1 eod, nicht aber „usurae, si competunt, vel quae competunt, ut praestentur“, L. 59 §. 2

die beygefügte Zahlungszeit eine unbeſtimmte war (daß eine Zahlungszeit beygefügt werde, war nicht nöthig, da es ein geſezliches tempus judicati gab)[9]). Im Ganzen pflegte jeder richterliche Beſcheid, jussus und sententia, kurz zu ſeyn, aber Entſcheidungsgründe einzuflechten[10]), da ſo Vieles oft grade vom Grunde der Entſcheidung abhängt[11]). Der Gebrauch des Ausdrucks „videri," z. B. servum non videri, ingenuum videri, welcher bey Präjudicialklagen[12]), auch bey ſchiedsrichterlichem Urtheile vorkömmt[13]), und welcher ferner überall für die Entſcheidungsgründe paſſend ſeyn mochte[14]), hat auf keinen Fall auf den dispoſitiven Theil der sententia, ſoweit ſie ein wirkliches condemnare oder absolvere ausſpricht, angewandt werden können[15]). Daß in Rom die sententiae ſo gut wie die decreta[16]) lateiniſch abgefaßt worden, iſt gewiß[17]), wie denn die Gerichtsſprache überhaupt die lateiniſche war[18]), wenn auch hin und wie-

eod., oder „omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve", L 3 C. de sent. quae sine (7, 46), oder die Beyſpiele der L. ult. C. eod.

9) L. 4 § 5 D. ht.

10) Z. B. L. 1 §. 1 D. quae sent. sine app. (49, 8). L. 2 C. quando prov. (7, 64).

11) Vgl. §. 139, §. 167. — L. 7 §. 1 de comp. (16, 2).

12) L. 27 §. 1 D. de lib. caus. (40, 12).

13) L. 21 §. 1 D. de rec. (4, 8).

14) So wenn es bey Apulej. Apol. I. heißt: „cum Lollius testamentum verum videri de consilio consularium virorum pronuntiasset" — Das D. C. S. (de consilii sententia) oder C. C. C. (cum consilio collocutus), wie auch in der Ueberſchrift von L. 6 C. de usuc. pro emtore (7, 26) geleſen werden muß, iſt eine ſehr übliche Formel, vgl. *Cujac.* Obss. XVIII, 32.

15) S. Not. 8) und 10). Zu allgemein nehmen den Gebrauch jenes Ausdrucks an *Cujac.* Obss. III, 26. *Brisson.* sel. antiqq. lib. 2, c. 2, ed. Trekell, p. 51 sq.

16) S. §. 75 a. E.

17) S. z. B. L. 1 §. 1, 2 quae sent. sine app. (49, 8). L. 3, 4 C. quae sine certa (7, 46). L. 2 C. quando prov. (7, 64).

18) Dirkſen Civ. Abhh. Bd. 1, S. 65 fg.

der griechiſche Worte einfloſſen[19]). Aber in den Provinzen konnten wohl auch griechiſche Urtheile vorkommen, wenigſtens war die nicht lateiniſche Sprache gewiß kein Nullitätsgrund, und was ſpäterhin Arcadius und Honorius ausſprachen: „judices tam latina quam graeca lingua sententias proferre possunt“[20]), das war gewiß ſchon durch ältere Beyſpiele begründet[21]). Uebrigens war jede richterliche Verfügung ein mündlicher Ausſpruch, ein *pronuntiare*, welcher Ausdruck hier techniſch iſt[22]), obwohl es üblich wurde, die sententia vorher aufzuzeichnen, und dann ex tabella pronuntiare[23]). Aber die den Parteyen nur ſchriftlich überreichte, nicht vom Richter vorgeleſene Sentenz war nichtig[24]). Nothwendig iſt jedoch die Aufzeichnung und ſo das wenigſtens nachher ſ. g. „recitare ex periculo“ jezt im Formularprozeſſe wohl noch nicht geweſen[24a]). Die Parteyen und Alle, die es angeht, müſſen, was ſchon in den 12 Taf. begründet iſt (§. 110), bey jener Verkündigung gegenwärtig ſeyn, widrigenfalls iſt kein Judicat vorhanden, oder doch nur hinſichtlich der praesentes wirkſam, ſo daß alſo z. B. der auch ſchon in den 12 Taf. berückſich-

19) L. 13 f. de jurej. (12, 2). L. 9 §. 8 de poen. (48, 19). L. 16, 17 C. ex quib. causs. inf. (2, 12).

20) L. 12 C. ht. (7, 45).

21) Ueber die Vereinigung der L. 48 D. de re jud. mit L. 12 C. cit. vgl. Dirkſen a. a. O. S. 67 fg.

22) *Brisson.* v. Pronuntiare.

23) Senec. de benef. III, 7. Suet. Claud. 15.

24) L. 1 C. de sententiis ex periculo recit. (7, 44).

24a) S. §. 153. — Den Anfang eines Erkenntniſſes aus d. J. d. St. 946 enthält eine Inſchrift bey *Gruter*, T. I, p. 209, 1: und ein Protocoll über einen 18 Jahre lang anhängig geweſenen Prozeß u. deſſen Entſcheidung aus dem J. 997 in *Fabrett.* Inscr. c. 4. Ueber Lezteres *Cujac.* Obss. XVIII, 32. Beydes abgedruckt bey *Spangenberg* tabulae negot. solenn. p. 384—386 u. in Deſſen Lehre v. d. Urkundenbeweiſe, Heid. 1827, Abth. 2, S. 365 fgg. Noch eine andere Sentenz auf einer ehernen Tafel unter Andern bey *Spangenb.* tabulae, p. 380 sqq.

Digitized by Google

tigte morbus sonticus von selbst diem differt [25]). Inwiefern aber doch im Falle der contumacia gültiger Weise pronuntiirt werden konnte, darüber s. den vorigen §.[26]). Auch ist am Ende rescribirt worden, daß wenn sich der abwesend Gewesene nachher beruhigt, oder wenn er beym Anfange der Verhandlung zugegen war, die Sentenz gültig sey, wenn auch im lezten Falle appellirt werden konnte [27]). Endlich wenn der „judex semel sententiam dixit, judex esse desinit," und das geht soweit, daß er sie selbst auf der Stelle nicht mehr ändern kann, was freylich bey Decreten anders ist [28]). Noch weniger kann der Magistrat die gültige Sentenz hintansetzen [29]), obwohl die nothwendigen Consequenzen, aber sogleich, hinzufügen [30]). — Eine gültige Sentenz begründet rem judicatam; zur Zeit der Republik sogleich, nachher dann, wenn sie inappellabel im nunmehrigen Sinne des Wortes geworden, s. §. 169. Denn die rescindirenden Rechtsmittel, zu welchen früherhin auch das appellare gehörte, setzen bereits res judicata voraus. Unter einem solchen rechtskräftigen Urtheil ist aber nichts anderes zu verstehen, als daß der Inhalt der Sentenz zu formellem Rechte geworden, d. h. als Wahrheit gelten muß [31]), wenigstens unter den Parteyen (§. 139), gleich dem Inhalte der confessio, des Eides, und der Litiscontestation. Der lezte Zweck eines jeden Rechtsstreits ist aber die endliche

25) Paul. V, 5 §. 6. L. 1 §. 1 D. de fer. (2, 12). L. 47 pr. L. 60 D. de re jud. (42, 1). L. 5 C. quomodo et quando (7, 43). Arg. L. 6 §. 3 D. de conf. (42, 2).

26) Vgl. auch L. 1 §. 3 quae sent. sine app. (49, 8). L. 7 C. quomodo (7, 43).

27) L. 3, 11 C. eod.

28) L. 14, 55, 62 D. de re jud. (42, 1), vgl. mit §. 75, Note 14).

29) L. 1 C. sent. rescindi non posse (7, 50).

30) L. 42 D. de re jud.

31) L. 36 fam. erc. (10, 2). L. 2 §. 7 f. de her. vend. (18, 4). L. 29 §. 5, L. 59 §. 3 mand. (17, 1). L. 37 §. 6 de op. libert. (38, 1), u. §. 137a, Not. 2).

Digitized by Google

Realiſirung des Urtheils. Iſt dieſes abſolvirend, ſo realiſirt es ſich als Negative von ſelbſt. Zur „executio“ sententiae oder rei judicatae, wenn ſie condemnirt, tritt wiederum die Function des Magiſtrates ein. In welcher Weiſe? das hat bey den prozeſſualiſchen Formen ſelbſt, in welchen es geſchah, und die ſich keineswegs auf dieſen Fall des Judicats beſchränken, bereits geſchildert werden müſſen [32]).

§. 137 a.

Materielle Wirkungen der res judicata *).

Wie die prozeſſualiſche Wirkung der Litisconteſtation darin, daß es zum Judicium, ſo beſteht die des condemnatoriſchen Urtheils darin, daß es zur Hülfsvollſtrekkung kömmt. Aber wie die L. C. ferner die materielle Wirkung hat, das alte Rechtsverhältniß zu zerſtören, und eine auf condemnari vel absolvi op. gerichtete Obligation zu begründen: ſo wirkt auch das Urtheil negativ und poſitiv, bald ipso jure, bald durch die Form der actio und exceptio judicati, ſ. die folg. §§. Durch das Urtheil nämlich wird jene mit der L. C. entſtandene Obligation in jedem Falle zerſtört. Iſt es condemnirend, ſo tritt judicatum facere op. (ein in d. S. ſchon in den 12 Tafeln vorkommender Ausdruck [1])), als der Inhalt der nunmehrigen judicati obligatio, an die Stelle des condemnari op. [2]). Alſo wird das alte Rechtsverhältniß nun nicht ferner durch die L. C., ſondern

32) Vgl. §. 44 fgg. §. 75 fgg. Sogar die ſpätere pignoris capio war nicht auf die Fälle eines Judicats beſchränkt. Bey der Gelegenheit hat Ant. Pius den von jeher geltenden Grundſaz, daß nur die Magiſtrate die Execution leiten, noch in abstracto ausgeſprochen, L. 15 pr. D. de re jud. (42, 1).

*) Keller, Buch 2. 1) S. §. 46, Not. 1).

2) L. 3 §. 11 D. de pec. (15 1) — nam sicut (in) stipulatione contrahitur — ita judicio contrahi: proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati volut obligationem. L. 9 f eod. Gaj. III, 180. — L. 35 de nox. actt. (9, 4). L. 2 §. 8 de her. vend. (18, 4). L. 13 §. 4, L. 16 §. 6 de pign. (20, 1). L. 4

durch das Urtheil zerstört, und zwar dieses zweitemal gleichfalls wieder ipso jure, mithin durch novatio, in denselben Fällen und in demselben Sinne wie das erstemal, oder indirect durch die an die Stelle der rei in judicium deductae nunmehr tretende rei judicatae exceptio [3]). Ist das Urtheil aber absolvirend, so kann freylich ein, wie sich dadurch zeigt, gar nicht vorhanden gewesenes dari und condemnari op. nicht novirt, überhaupt auch keine judicati obligatio begründet werden, aber die mit der alten Klage identische muß nun um so mehr theils ipso jure, theils durch rei judicatae exceptio zerstört werden, als es ja sogar bey einem wirklich gegründeten Anspruche der Fall gewesen wäre [4]). Zerstörend wirkt die bloße Existenz des rechtskräftigen Urtheils, und zwar nicht etwa auf das durch L. C. entstandene, sondern auf das alte, durch jenes nur modificirte Rechtsverhältniß [5]). Die judicati obligatio selbst aber muß, wenn sie

---

§. 7 de re jud. L. 29 D. de O. et A. (44, 7). L. 8 §. 3 de nov. (46, 2). L. 7 de solut. (46, 3).

3) Gaj. III, 180, 181. IV, 106—108. — L. 22 D. de tut. et rat. (27, 3). L. 13 §. 4 de pign. (20, 1), vgl. mit §. 120. — Keller, S. 199—201. S. 206 fgg.

4) Daher spricht auch Gaj. IV, 106—108 vom Urtheil überhaupt, nicht wie III, 108 sq., wo von Aufhebung wirklich bestehender Obligationen die Rede ist, blos vom condemnatorischen Urtheil. Keller S. 203 fgg.

5) Denn auch als novatio nimmt die Lit.Cont. doch die alte Obligation in sich auf (§. 123), und da die durch L.C. begründete Obligation keine *actio* erzeugt, so kann sie es nicht seyn, welche durch judicati *exceptio* entkräftet wird. Das hat Keller richtig bemerkt. Allein wenn er demzufolge zur Zerstörung des alten Verhältnisses zwey Rechtsmittel nebeneinander bestehn, also das schon consumirte noch einmal consumiren läßt: so bildet er sich eine unnöthige Schwierigkeit. Vielmehr wird durch die L.C. nur provisorisch Zerstörung bewirkt, bis die definitive durch Urtheil an die Stelle getreten, so daß mit der rei judicatae sogleich die rei in jud. deductae exceptio wegfällt, s. Hollweg Vers. S. 151.

Digitized by Google

bestritten wird, durch eine, nämlich judicati *actio* geltend gemacht werden (§. 138). Allein das ganze Verhältniß ist jezt nicht nur für den Kläger, da die alten Einwendungen wegfallen, sondern in sofern auch für den Beklagten vereinfacht, als jener aus demselben Grunde keinen weitern Anspruch an ihn machen kann, und als die wirkliche Verpflichtung auf eine einfache Geldsumme reducirt ist [6]). Wird aber der siegende Kläger nachher als Beklagter in Anspruch genommen, so ist dann freylich die judicati exceptio auch das Mittel, durch welches er den Inhalt des Urtheils für sich in Anspruch nehmen muß, bey dinglichen Klagen namentlich den Inhalt des vorangehenden, das dingliche Recht selbst anerkennenden Bescheides [7]). Die rei judicatae exceptio hat in sofern eine doppelte Bestimmung, diese positive und jene durch des Urtheils bloße Existenz bedingte zerstörende [8]). Uebrigens beruht jene Exception auf denselben subjectiven und objectiven Voraussetzungen, wie die durch das Urtheil erzeugte wirkliche novatio [9]), und darum beziehen sich §§. 139 fg. auf beydes.

§. 138.

Judicati actio.

Da es bereits der formulae viele gegeben, bevor unter den legis actiones die per manus injectionem weggefallen war (§. 47 a. E.), so mußte noch eine Weile auf den Grund eines im Formularprozeß ausgewirkten Judicats pro judicato manus injicirt werden können. An dessen Stelle trat dann aber (nach derselben 30tägigen Frist, s. §. 77) die simple postulatio, durch welches das duci jubere, die missio, zulezt

6) Keller, S. 202.

7) L. 40 §. 2 D. de proc. (3, 3): — — nam cum judicatur rem meam esse simul judicatur illius non esse. L. 15. L. 19. L. 30 §. 1 de exc. rei jud. (44, 2). Vgl. §. 65 u. die Entwicklung bey Keller, S. 210—229.

8) Keller, S. 229 fgg. 9) Keller, S. 236 fgg.

Digitized by Google

die pignoris capio erlangt wurde, §. 76 fgg. §. 85. Wenn man jedoch die Existenz oder Wirksamkeit der judicati obligatio selbst in Abrede stellen wollte, so brauchte das nunmehr auch nicht durch einen Vindex zu geschehen, und es entschied, wenn es auf eine Rechtsfrage ankam, der Magistrat selbst, wenn auf eine streitige Thatsache, so mußte, es sey sogleich oder in einem neuen Termine, erst wieder eine formula concipirt, und die den Vindex vertretende cautio judicatum solvi geleistet werden [1]). So wird denn also die judicati obligatio durch die vom Prätor versprochene judicati actio geltend gemacht [2]), welche sammt jener postulatio an die Stelle der alten legis actio getreten, und darum auch perpetua ist, den Betrag des früheren Urtheils, die certa pecunia [3]), zum Gegenstande hat; denn sie setzt durchaus ein condemnirendes Endurtheil voraus [4]), und welche dem Erben und gegen ihn zusteht [5]). Es kömmt, gleichwie bey der jurisjurandi actio und exceptio: ob geschworen? so auch hier und bey der judicati exceptio nur darauf an [6]), „an judicatum sit?“ [7]) oder ob die judicati obligatio noch besteht? da sie ja selbst noch binnen des tempus judicati, also bevor geklagt werden, auf vielfache Weise getilgt werden konnte [8]), oder ob sie nicht wenigstens exceptionsweise entkräftet sey? Nur ist die transactionis exceptio unzulässig [9]), in so-

1) Gaj. IV, 25 f., 102. Vgl. ob. §. 46.

2) L. 4 §. 3, L. 5 D. de re jud. (42, 1), u. §. 173a, Not. 2).

3) S. §. 137, Not. 1).

4) L. 28 §. 8 D. de jurejur. (12, 2), L. 4 §. 3 de re jud. Keller, S. 219.

5) L. 4 §. 3, L. 6 f. de re jud.

6) Diese Ansicht von der judicati a. hat schon *Schulting* ad Paul. I, 19 §. 1, welchem freylich wieder *Küstner* pignus in causa judic. captum, p. 25 sqq. widersprochen hat.

7) L. 1 pr. D. quae sent. sine app. (49, 8). L. 75 D. de jud. (5, 1).

8) L. 7 D. de re jud.

9) Paul. I, 1 §. 5. L. 7 pr. L. 11 D. de trans. (2, 15). L. 23

Digitized by Google

fern überhaupt „ex his causis, quae infitiatione duplantur (zu welchen auch die judicati actio, ſ. §. 179) *pacto decidi* non potest[10]),“ obwohl allerdings durch Stipulation[11]).

§. 139.

Rei judicatae exceptio *).

„Exc. rei judic. obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur“[1]). So lautet die kurzgefaßte Regel. Allein es kömmt vorerſt darauf an, wer unter denſelben Perſonen, und was unter derſelben Sache zu verſtehen iſt. Was das Leztere betrifft, ſo darf keine neue Klage dem Reſultat eines frühern Prozeſſes widerſprechen, aber wir müſſen noch weiter gehen[2]), indem durch das Judicat (ebenſo wie durch Eid) jede auf daſſelbe Fundament wie die frühere gegründete actio zerſtört[3]), oder formell ausgedrückt: die intentio conſumirt wird, als durch welche res in judicium deducitur[4]). Bey den dinglichen und in factum actiones wird freylich die intentio inſofern conſumirt, als ihr Inhalt den Grund der angeſtellten Klage ausmacht[5]). Bey incerta intentio wird in Folge der Einheit der zu Grunde liegenden Obligation (§. 55) die Geſammtheit deſſen, quid dari fieri oporteat con-

---

§. 1 de cond. ind. (12, 6), u. die in der Consult. c. 4, 7, 9 aus Paulus, dem Cod. Greg., Herm. u. ſ. w. mitgetheilten Stellen.

10) Paul. I, 19, §. 1, 2. Vgl. Francke in (Tüb.) krit. Ztſchr. Bd. 4, H. 1, S. 46 fg.

11) L. 32 C. de trans. (2, 4).

*) D. de exc. rei judicatae (44, 2). — *Guil. Hübbe* de exc. rei judicatae, Jenae, 1827, 8. — Keller, B. 2, Abſchn. 3, 4.

1) L. 3, L. 7 § 4, L. 12, 13, 14 pr. L. 19, 22 D. ht.

2) L. 6, 7 pr. §. 1 sqq. L. 8, L. 14 §. 1, L. 22 §. 1, 2, L. 26 pr. §. 1 D. ht. L. 33 §. 1 de usufr. (7, 1). Keller, S. 260 fgg.

3) L. 5 D. ht. L. 38 §. 1 pro socio (17, 2), vgl. mit L. 28 §. 4 de jurejur.

4) Gaj. IV, 131 — per intentionem consumitur. L. 32 pr. de pec. (15, 1). — Gaj. IV, 57 sqq. Keller, S. 243 fgg.

5) Keller, S. 248 fgg.

Digitized by Google

ſumirt, z. B. auch die künftigen Leiſtungen, wenn ſchon das quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere op. dem Wortſinne nach blos die gegenwärtigen Leiſtungen begreift [6]), und deshalb auch nur auf die fälligen Leiſtungen condemnirt wird [7]). Daher mußte erſt durch praescriptio der Untergang der ganzen actio verhindert werden, ſ. §. 55, bis man allmälig auch ohne Weiteres durch in integrum restitutio, insbeſondere durch doli replica, geholfen hat [8]). Bey den perſönlichen Klagen hängt eadem res von der Identität des Entſtehungsgrundes ab [9]), wogegen es bey den dinglichen Klagen nur auf die Identität des Objects ankömmt, „neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest“ [10]). Da es alſo bey den dinglichen Rechten auf ihren Entſtehungsgrund nicht weiter ankömmt, non expressa causa geklagt wird, ſo kann die einmal angeſtellte dingliche Klage auch aus einem neuen Grunde nicht wiederholt werden, es ſteht exc. rei judic. entgegen [11]). Freylich ein nach dem Judicat entſtandener Grund berechtigt überall wieder zur wirkſamen Klage [12]). Und wenn über das Recht ſelbſt nicht geurtheilt, alſo nicht über die intentio, ſondern aus einem andern Grunde, z. B. wo Beſitz des Beklagten erfodert wird, und dieſer fehlt, die Klage abgewieſen wurde, da war in jener Beziehung gar kein Ju-

---

6) „Quantum ad verborum significationem attinet“, daher überhaupt bey Stipulationen, Legaten u. ſ. w., aber nicht „*in judiciis.*“ L. 46 de leg. 2 (31). L. 76 §. 1 de V. O. (45, 1). L. 89, 125 eod. Keller, S. 517 fgg.

7) Keller, S. 255 fgg.

8) L. 2 C. de jud. (3, 1). — L. 25, L. 46 §. 5 D. de adm. tut. (26, 7). Keller, S. 530 fgg.

9) „Eadem causa petendi“, L. 14 pr. D. ht., oder „proxima causa actionis“, L. 27 D. ht. — Vgl. L. 18 de O. et A. (44, 7). L. 93 §. 1 de leg 3 (32). L. 28 §. ult. de lib. leg. (34, 3).

10) L. 14 §. 2 D. ht. 11) S. §. 53, Not. 7).

12) L. 11 §. 4, 5, L. 14 §. 1, L. 21 §. 3, L. 25 pr. D. ht. L. 43 §. 9 de Aed. ed. (21, 1). L. 25 §. 1 de lib. caus. (40, 12).

Digitized by Google

dicat vorhanden [13]). Uebrigens kann auch replica rei judicatae gegen eine dem Grund des frühern Urtheils widersprechende exceptio [14]), und ferner die rei judic. exc. auch dann gebraucht werden, wenn das Urtheil dem Kläger günstig gewesen [15]), obwohl diesem nöthigenfalls durch die replica „si secundum me judicatum non sit" geholfen werden kann [16]), „evidenter enim iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est" [17]).

§. 140.

Fortsetzung. (Subjective Requisite.)

Was nun noch die auch in einzelnen Anwendungsfällen durch kaiserliche Rescripte bestätigte Beschränkung des Judicats auf eaedem personae betrifft [1]), so gelten als solche nicht blos die Universalsuccessoren, sondern auch alle diejenigen, welche die fragliche res in judicium deducirt hatten [2]), also die Stellvertreter, nach dem von §. 155 an zu schildernden Gange der Entwickelung [3]). Zu diesen muß man auch den rechnen, welcher eine popularis actio anstellt, und also das Volk [4]), sowie wer eine Servitut vindicirt, und dadurch das Grundstück vertritt, so daß das Urtheil auch für und gegen den Miteigenthümer wirkt [5]). Ferner

13) L. 9 pr. L. 17, 18 D. ht. L. 8 pr. rat. rem hab. (46, 8).

14) L. 22 §. 1 de exc. (44, 1). L. 24 D. ht.

15) L. 4 C. depos. (4, 34). *Hübbe*, p. 49 sqq.

16) L. 9 §. 1 D. ht. L. 16 §. 5 de pign. (20, 1). Dazu *Ribbentrop* Diss. cit. ad legg. citt., *Hübbe*, §. 6. Keller, §. 71.

17) L. 16 D. ht.

1) L. 1, 3, L. 7 §. 4, L. 30 D. ht. L. 2, L. ult. C. quib. res jud. non nocet (7, 56).

2) L. 4, L. 11 §. 7 D. ht. L. 31 de judic.

3) Keller, §. 34—44.

4) L. 3 pr. D. de pop. act. (47, 23). L. 45 §. 1 de proc. (3. 3). L. 30 §. 3 de jurej. (12, 2). L. 3 §. 13 de hom. lib. exh. (43, 29).

5) L. 4 §. 3, 4, L. 19 si serv. vind. (8, 5). L. 1 §. 3 de arb. caed. (43, 27). Keller, S. 409 fg.

Digitized by Google

geht die exc. rei judic. wie jurisjurandi u. a. activ und passiv auf die Singularsuccessoren über [6]). Einem Dritten aber präjudicirt das Judicat doch insofern, als er interveniren mußte, s. §. 164, und außerdem steht auch den Legataren und den im Testament befreyten Sclaven ein das Testament für null erklärendes Urtheil entgegen, sofern der Streit zwischen Intestat- und Testamentserben ordentlich und nicht „lusorie" geführt, und nicht in contumaciam erkannt worden [7]). In noch weiterem Umfange „res judicata jus facit," wenn der Status in Frage steht, Paternität, Ingenuität, also auch Freyheit und Civität, indem hier res judicata *pro veritate* [8]) accipitur, d. h. gegen Jedermann gilt [9]), und hierin weiter geht als der Eid [10]), vorausgesezt, daß „justo contradictore quis ingenuus pro-

---

6) L. 28. D. ht. L. 9 §. 2. L. 10, L. 11 §. 3, 9, 10, L. 29 §. 1 D. ht. L. 25 §. 8 fam. erc. (10, 2). L. 3 §. 1 de pign. (20, 1). Keller, S. 362 fgg.

7) L. 3 pr. de pign. (20, 1). L. 50 §. 1 de leg. 1 (30). — L. 8 §. 16 de inoff. test. (5, 2). L. 6 §. 1, L. 17 §. 1 eod. L. 1 D. ht — Daß nämlich „si perlusorio judicio actum sit adversus testamentum", den Legataren und freygelassenen Sclaven zu appelliren frey, und daß ihnen wenigstens rei jud. exc. nicht im Wege steht, hat einmal Pius rescribirt, u. desgleichen haben die *D. fratres* anerkannt, daß res judicata nur gegen den wirksam seyn könne, „qui adesse neglexerit", die Legatare ꝛc. also gegen den Sieger klagen können, L. 14 de app. (49, 1). Beyde Grundsätze finden sich hernach bey Paulus (L. 17 §. 1 cit.) u. bey Ulpian (L. 50 §. 1 cit.). Was sich aber dieser unter „lusorie agere" dachte, ist gar nicht blos die wirkliche Collusion, sondern jede wahrscheinlich gemachte nachlässige Prozeßführung, Keller, S. 388 fgg., Note 12).

8) *Hübbe*, p. 76 sq. Indessen kömmt doch auch in diesem Sinne der Ausdruck *jus* facit vor, s. Not. 9).

9) L. 3 pr. mit L. 1 §. ult. L. 2 de agnosc. (25, 3). L. 25 de statu hom. (L. 207 de R. J.). L. 24 de dolo (4, 3).

10) L. 14 de jure patron. (37, 14) vgl. mit L. 3 §. 2, 3 de jurejur.

Digitized by Google

nunciatus est," wie Rescripte besagen [11]), d. h. wer Herr, Patron u. s. w. zu seyn behauptet [12]). Dagegen kann ein durch Collusion erwirktes Ingenuitätsurtheil ausnahmsweise von Jedem binnen gewisser Zeit (5 Jahren) angegriffen werden [13]). Indessen kann auf keinen Fall das wirkliche Recht einer nicht prozessirenden Partey verlezt, also Patronat und Eigenthum am Sclaven durch Prozesse Dritter nicht verwirkt werden [14]).

§. 141.

Condemnatio in id quod facere potest.

Die Geldsumme, zu welcher man immer condemnirt wird, darf bisweilen [1]) nicht das quod facere potest, d. h. den Betrag seines Vermögens [2]) zur Zeit der Condemna-

---

11) L. 3 de collus. deteg.

12) L. 1 C. de ing. man. (7, 14). Hollweg Versuche, S. 109.

13) S. Bd. 1, §. 118.

14) L. 1, 5 si ingenuus (40, 14). L. 42 de lib. caus. (40, 12). L. 9 pr. eod Vgl. Keller, S. 392—399 u. über L. 29 pr. D. ht. S. 399—409.

1) Die, grossentheils ohnehin jedesmal in ihrem Zusammenhang genannten, Fälle sind enthalten in L. 35 de neg. gest. (3, 5). L. 2 pr. — §. 7 quod cum eo (14, 5). L. 63 pr. — §. 7 pro soc. (17, 2). L. 84 de dot. (23, 3). — L. 12—L. 18 sol. matr. (24, 3). L. 12, L. 33 pr. de don. (39, 5). L. 16—L. 23, L. 30, 49, 50 D. de re jud. (42, 1). L. 4, 6 de cess. bon. (42, 2). L. 7 de castr. pec. (49, 17). L. ult. C. de bon. auct. jud. (7, 72). L. un. §. 7 C. de rei ux. toll. (5, 13). §. 37, 38 I. de act. (4, 6).

2) Die gewöhnliche, bereits von Schöman Handb. des Civilrechts, Bd. 2, S. 63 fgg. angegriffene, von Thibaut Civ. Abhh. S. 346 fgg. wieder vertheidigte Ansicht, wonach schon der Ausdruck facere posse das s. g. beneficium competentiae bezeichnet, hat jezt widerlegt *Holtius* in der biblioth. du Jurisconsulte, Liège 1826, 1827, 8. T. I, p. 390—405; vgl. dazu Schröter in (Tüb.) krit. Ztschr. Bd. 4, H. 1, S. 76—80. Beweisend sind folgende Gründe: a. der Ausdruck selbst, vgl. L. 82 init. D. ad l. Falc. (35, 2). L. 10 de re jud., u. welcher auch in L. 21 D. de re jud. L. 49 de pact. (2, 14), §. 37 I. de actt. als synonym mit *ut non ultra fa-*

tion [3]) übersteigen. Für den Rest wird er also liberirt, da nunmehr die alte actio consumirt ist. Die Sache kennt schon Labeo [4]), und beruht theils auf der Praxis, wie bey den Personen, wo es die Pietät fodert, theils auf prätorischem Edicte [5]), theils und besonders auf kaiserlichen Rescripten. Namentlich hat Antoninus Pius den Schenker auf die Weise und mehr als die Uebrigen dadurch begünstigt, daß dieser auch noch den Betrag seiner andern Schulden vom Vermögen abziehen darf, welches außerdem „non deducto aere alieno" berechnet wird [6]). Irgend ein besonderer historischer Zusammenhang mit andern Instituten scheint sich nicht nachweisen zu lassen [7]). Es ist ein personale beneficium

---

cultates damnetur erscheint. b. Theoph. IV, 6 §. 37, wonach wer 100 schuldet u. 50 hat, in quantum facere potest verurtheilt wird, wenn er die gesammten 50 hergeben muß. c. Daß auch condemnirt werden soll auf „quodve dolo malo fecerit, quo minus possit", L. 63 pr. §. 7 D. pro soc. L. 18 §. 1 sol. matr., also wer 100 schuldet, 60 hat und 10 dolos entäußert, dennoch auf 60 — was nach der gewöhnlichen Ansicht unerklärlich wäre; denn daß auch das ganze Privilegium durch Dolus verwirkt werden kann, L. 4 § 1, 2, L. 6 D. quod cum eo, L. 22 §. 1, L. 52 de re jud., ist wieder etwas Anderes. Dazu kömmt d. die Entwicklung im Texte. Die Rücksicht „*ne egeat* condemnatus" ist ein Zweytes (wie auch Hugo längst bemerkt hatte, Pandekten, 7te A., S. 245), u. wenn diese bey allen Schuldnern einträte, so würde zwar ein s. g. benef. competentiae (als Privilegium) nicht weiter bestehen, aber jenes Erstere bliebe dennoch.

3) L. 63 §. 6 pro soc. L. 15 pr. L. 53 sol. matr.

4) L. 18 pr. D. sol. matr.

5) Wenigstens in dem L. 2 pr. D. quod cum eo enthaltenen Edicte sagt der Prätor: — actionem causa cognita dabo in id quod facere potest.

6) L. 12 de don. (39, 5). L. 20, L. 41 f. de re jud. L. 28 de R. J. — L. 16, L. 19 pr. §. 1, L. 30, L. 49, 50 D. de re jud. — L. 63 §. 3 pro socio.

7) Schröters Vermuthung (gegen die wieder Holt in krit. Ztschr. Bd. 4, H. 3, S. 504), die Verurtheilung i. q. f. p. sey der lex Julia de cessione bonorum vorangegangen, um gewissen Per-

Digitized by Google

in der Maße, daß es weder Bürgen noch Erben, obwohl dem Defensor insofern zu Gute kömmt, als er nur auf das, was sein Principal leisten kann, condemnirt wird[8]). Geltend gemacht wird es durch exceptio[9]), und die Formel lautete etwa so: „Ao. Ao. Nm. Nm. duntaxat in id quod facere potest condemna“ (§. 56). Auch noch gegen die judicati actio findet die exc. Statt[10]), aber wenn bezahlt worden, keine repetitio[11]). Uebrigens konnte diese Exception auch durch Pactum begründet werden[12]). Eine noch weiter gehende, spätere aus Billigkeit durch die Juristen aufgekommene Rücksicht ist die, wohl nicht schon wie jene bey der Condemnation, sondern erst bey der wirklichen Execution (*non extorquendum*) genommene, auf den nothwendigen Unterhalt[13]). Bey der actio pro socio und auf dotis restitutio wird die Zulassung jener Exception von cavirter Nachzahlung abhängig gemacht[14]), da die ex stipulatu actio der

sonen die aus dem Verkaufe des Vermögens entstehende infamia zu ersparen, u. als das durch diese lex generalisirt worden, habe man jenen Personen wenigstens den Abzug des Unterhalts vergönnt — steht entgegen, daß oft nur gegen bestimmte Foderungen (z. B. pro socio, ex donatione) oder Personen (Eltern u. s. w.) in q. f. p. condemnirt wurde, was also nicht gegen die übrigen Gläubiger sicher stellt, während die Folgen der Missionu. Cession sämmtliche Gläubiger treffen.

8) L. 63 §. 1, 2 pro soc. L. 12 — L. 15 §. 1 sol. matr. L. 23, 25 de re jud. L. 7 pr. de exc. (44, 1).

9) L. 7 pr. de exc. L. 17 §. 1 sol. matr. L. 41 pr. de re jud.

10) L. 5 pr. quod cum eo. L. 17 §. 2 sol. matr. L. 33 pr. de don. L. 41 §. 2 de re jud. S. §. 98.

11) L. 8, 9 de cond. ind. (12, 6).

12) L. 39 de pact. (2, 14).

13) L. 19 f. de re jud. qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. — Imo nec totum, quod habet, extorquentum ei puto (also noch ein Weiteres als jene aufs i. q. f. p. beschränkte Verurtheilung), sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat. L. 30 eod. L. 173 pr. de R. J.

14) L. 63 §. 4 pro soc. L. un. §. 7 C. de rei ux. (5, 13).

einzige Weg ist, solche zu erlangen [15]), welche Caution aber, wie es scheint, in andern Fällen nicht gefodert werden konnte [16]). Unter Mehreren, welchen die exceptio entgegensteht, ist occupantis melior conditio, d. h. die Andern mögen mit der Klage warten, bis ihr Schuldner wieder etwas hat, damit sie nicht umsonst consumirt wird. In Collision mit einem privilegiarius (§. 83) geht aber dieser vor [17]).

Dritter Titel.
Das Verfahren ohne Judex.

§. 142.
I. Die extraordinariae actiones.

Wie man bey diesen Klagen sowohl vor als nach Aufhebung des ordo judiciorum, welche hier keine Epoche macht, verfahren, davon sind wir wenig unterrichtet. In jus vocatio ging allerdings auch hier voran [1]). Eine formula aber wurde freylich nicht edirt, postulirt oder concipirt, also wahre Litiscontestation fand nicht Statt, aber respondere, cognitionem suscipere mußte man immerhin, und der es sey nach kürzerer oder längerer Verhandlung und Prüfung erfolgenden Sentenz (decretum), und deren Execution auf gewöhnlichem Wege, insbesondere durch pignoris capio gewärtig seyn [2]). Daß auf Geld condemnirt werden mußte, war offenbar nur eine Bedingung concipirter formulae, und so hat denn auch gewiß die judicati actio hier nicht Statt ge-

15) Keller, S. 572.

16) Arg. L. 47 §. 2 de pec. (15, 1).

17) L. 3 quod cum eo. L. 19 §. 1 de re jud.

1) L. 1 §. 3 de inspic. ventr. (25, 4). Auch hat Callistratus lib. 1. *cognitionum* vom in jus vocare gesprochen, L. 3 D. de in jus voc. (2, 4).

2) L. 1 §. 3 cit. L. 19 pr. D. de jurisd. (2, 1). L. 31 de re jud. aus Callistr. lib. 2. cogn.

Digitized by Google

habt[3]). Denn es kam hier nicht darauf an, die gültige Existenz einer richterlichen Sentenz durch den Magistrat einer neuen Controle zu unterwerfen, sondern des Magistrats eigenes Decret war es, welches er exequiren, oder durch Widerspruch veranlaßt auch ändern konnte (§. 75). Und wenn sich der Prätor überhaupt für gewisse Verfügungen durch Sachverständige (arbitri) vertreten lassen konnte[4]), so war er dazu hier am häufigsten genöthigt, wo ihm auch die richterliche Function zukam, und wo nicht grade in Geld geleistet werden mußte. Da pflegte er denn zur nähern Ausmittelung der Art und Weise einer Leistung [5]), insbesondere aber zur Liquidation oder alsdann auch zugleich zur Execution einer bereits eingestandenen oder obrigkeitlich ausgesprochenen Schuldigkeit arbitri zu deputiren, die in diesem leztern Falle zugleich executores sind[6]). Von einem solchen arbiter ist der judex ganz verschieden, da jener weder von den Parteyen gewählt wird, noch über den Grund der Foderung selbst zu erkennen die Befugniß erhält[7]). Findet er jedoch die zu liquidirende Foderung unbegründet, so muß er es dem Magistrat anheim geben, den wenn auch geständig gewesenen Beklagten dennoch zu absolviren, also auch eine condemnirende Sentenz wieder zu ändern. Nur dann kann und muß der Arbiter absolviren, wenn es durch die

---

3) Arg. L. 31 D. cit. Heffter, S. 406.

4) L. 9 pr. §. 1 qui satisd. cog. (2, 8). L. 13 §. 1, 2, 3 de S. P. R. (8, 3).

5) L. 109 §. 1 de leg. 1 (30). L. 12 de leg. 3 (32). L. 37 de fid. lib. (40, 5).

6) L. 7 D. de conf. (42, 2). L. 3 C. Th. fin. reg. (2, 26) — — ante Praeses judicet, an praestari aliquid oporteat, et tunc demum illud per arbitros restituatur, quod constiterit esse solvendum. L. un. §. 1 C. Th. de litig. (4, 5) — post examen judicis in supplementum pronuntiationis dentur arbitri, qui non jam arbitri, sed executores putandi sunt. Vgl. §. 85, Note 13). Hollw. Verf. S. 285 fg.

7) L. 7 de conf. (42, 2). L. 6 C. de exec. rei jud. (7, 53).

Digitized by Google

Verhältnisse nothwendig wird, deren Untersuchung grade seines Amtes ist, wie das bey Fideicommissen der Fall ist, wenn er findet, daß die Erbschaft zur Auszahlung der Vermächtnisse nicht ausreicht[8]). Die Ferien wurden im Ganzen auch hier beobachtet, obwohl die Fälle, wo auch da Gerichtshandlungen vorkommen, häufiger solche sind, bey welchen extra ordinem verfahren wird (§. 129). Ob man endlich das allerdings minder förmliche Verfahren bey den Cognitionen ein summarisches nennen will, ist ziemlich gleichgültig. Aber das „summatim cognoscere" des römischen Rechts, d. h. daß auf unvollständigen Beweis nach bloßer Wahrscheinlichkeit verfügt wird[9]), kömmt weder bey allen, noch kömmt es nur[10]) bey Cognitionen vor, ist überhaupt für diese nicht characteristisch. Wo es sich vielmehr um bleibende Feststellung eines Rechtsverhältnisses handelt, es liege nun eine ordinaria oder extraordinaria actio vor, da ist in der Regel vollständige Beweisführung nöthig. Jenes ist beym Judex das Gewöhnliche, und also dort das summatim cognoscere seltener. Dagegen wo das prätorische Decret nur einleitende Maßregeln, Sicherstellung für künftige Entscheidungen u. s. w. zu treffen hat, was denn freylich an sich extra ordinem geschieht, da darf und soll oft schon blo-

8) L. 7 D. cit. Hollw. S. 283, 286 fg.

9) Ueber den Begriff und die einzelnen Fälle: Savigny in Ztschr. Bd. 6, S. 231 fgg. S. auch noch L. 1 C. quor. app. (7, 65).

10) Denn bey der a. ad exhibendum ist es der Judex, welcher nach kurzer Prüfung des Interesse die Exhibition anordnen soll, L. 3 §. 9, 13 ad exh. (10, 4). Es ist das aber nur eine vorbereitende Verfügung, noch keine Condemnation, Savig. S. 236; und das arbitrium de exhibendo ist auch nicht, wie das de restituendo erzwingbar, s. §. 67 (S. 208). So kömmt ferner bey der legis Aquiliae actio ein Fall vor, wo „si summatim re exposita ad *suspicionem* judicem adducam, debeam vincere, L. 40 D. ad l. Aq. (9, 2), wo es aber auch nicht die endliche Entscheidung, sondern die frühere Zeugenvernehmung ist, welche von unvollständiger Beweisführung abhängig gemacht wird, s. §. 133, bey Not. 5).

Digitized by Google

ße Wahrſcheinlichkeit zur Richtſchnur dienen [11]). Nur bey Alimentenſachen, alſo allerdings bey einer extraord. cognitio (§. 88), wird ein wirkliches Urtheil von ſolchem summatim cognoscere abhängig gemacht [12]), weil es auf augenblickliche Lebensfriſtung ankömmt, und jederzeit wieder ein neuer Rechtsſtreit zuläſſig bleibt.

II. Die Veränderungen im ordentlichen Prozeſſe.

§. 143.

Denuntiatio und rescripti editio *).

In jus zu rufen, dort actio zu ediren, eine Friſt ad litem contestandam zu verabreden — das Alles konnte ſeit M. Aurel durch denuntiationes vermieden werden, ſofern dieſe Privatanzeige nur den Gegner mit der anzuſtellenden Klage gehörig bekannt macht, und auf die bey dem Vadimonium übliche Weiſe befriſtet, ſ. §. 117. Dieſes für beyde Theile bequemere Verfahren iſt alſo auch immer allgemeiner, und iſt bis zu den chriſtlichen Kaiſern die regelmäßigere Weiſe der Prozeßeröffnung geworden [1]). Nur aber ſoll die denun-

11) Die an ihrem Orte ſtets erwähnten Fälle ſind, ſo weit wir ſie kennen, enthalten in L. 3 §. 11 de Carb. ed. (37, 10). — L. 1 §. 14 de ventre in poss. (37, 9). — L. 2 C. ubi in rem actio (3, 19). — L. 9 §. 6 de int. in j. (11, 1). — L. 3 §. 1 D. ut in poss. (36, 4). — L. 1 §. 9 de stip. praet. (46, 5). — L. 15 §. 4 de re jud. (42, 1). — L. 7 §. 1 de her. pet. (5, 3). — L. 2, 3 C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33).

12) L. 5 §. 8, 9 D. de agnosc. (25, 3). Heffter Inſtitt. S. 406. Savigny, S. 237 fg.

*) C. Th. de denuntiatione l. editione rescripti (2, 4), de temporum cursu, et reparationib. denuntiationum (2, 6). — *J. Gothofred.* ad titt. citt. Mühlenbruch Ceſſion, 2te A., S. 69 fg. Heffter Inſtitt. S. 288 fgg.

1) Das beweiſen die Titel darüber, neben welchen über das in jus vocare u. de edendo keine im Th. Cod. vorkommen — der Ausdruck „denuntiandi necessitas" in L. un. C. Th. de dolo (2, 15), oder die dem Beklagten geſtattete Einwendung unterbliebener denuntiatio, L. 3 C. Th. ht. (2, 4). So ſagt Donat. ad

tiatio ſchon nach einer Conſtantiniſchen Verordnung nicht mehr eine privata testatio, eine (des Beweiſes wegen vor Zeugen vorgenommene) außergerichtliche Beſchickung des Beklagten bleiben, ſondern durch Vermittlung der competenten Behörde geſchehen, zu deren acta nämlich die formelle Anzeige und natürlicher Weiſe [2]) mit der Bitte übergeben wurde, ſolche dem Gegner zuzufertigen [3]). Und wie früherhin auch durch ausgewirkte kaiſerliche Reſcripte eine Sache an den Magiſtrat gewieſen wurde, um ſie extra ordinem, oder aber auch durch judicis datio zu behandeln [4]), ſo war durch die ganze Zeit der chriſtlichen Kaiſer hindurch [5]) die rescripti editio, die Zuſtellung eines rechtlicher Weiſe vom Kaiſer erlangten Reſcripts, eine der denuntiatio ganz gleichſtehende Art der Prozeßeröffnung [6]). Das denuntiare

---

Terent. Phormio I, 2: „ne diceret: non mihi denuntiasti.“ Ferner beweiſen es die ausnahmsweiſen Erlaſſungen der Denuntiation (§. 144).

2) Löhr im Archiv f. civ. Pr. Bd. 10, S. 85, Not. 56).

3) L. 2 C. Th. ht. — L. 9 C. Th. de infirm. his (15, 14) — deposita super instituenda lite testatio. L. 1 §. 1 C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14).

4) S. §. 88, Note 1), 2). Etwas anderes waren die deshalb eingeholten Reſcripte, um ſie gleich den responsis Jctorum beym Magiſtrat oder Juder für die Gerechtigkeit ſeiner Sache geltend zu machen, dort allegare oder recitare, z. B. L. 2, 3 C. de div. rescr. (1, 23), ſ. Not. 5), u. §. 145, Not. 8).

5) C. Th. de divers. rescript. (1, 2). C. de precib. imperatori offerend. (1, 19). Quando libellus principi datus litis contestationem faciat (1, 20). Ut lite pendente, l. post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatorem supplicare (1, 21). Si contra jus l. utilitatem publicam, l. per mendacium fuerit aliquid postulatum l. impetratum (1, 22). De div. rescr. et pragm. sanctionib. (1, 23). Freylich iſt hier vom Einfluß der Reſcripte auf den Prozeß überhaupt, ſ. Not. 4), nicht blos auf die Eröffnung die Rede. — Löhr Ueberſ. der Conſtitt. 1, S. 22 fg.

6) Rubr. u. L. 4, 5 C. Th. ht. (2, 4).

Digitized by Google

oder solemni more litem intimare oder insinuare[7]), und das rescriptum edere oder solemniter intimare[8]) war also nur an die Stelle der privata denuntiatio oder der ältern actionis editio getreten. Diese wirkliche Mittheilung der denuntiatio oder des zuvor einregistrirten Rescripts hieß, sonstigem Sprachgebrauche gemäß[9]), conventio[10]). Der Zusammenhang mit dem ältern Verfahren läßt aber auch erwarten, daß die aus dem Formularprozesse noch eine Zeitlang beybehaltene actionis impetratio (§. 89) erst nach jener conventio ausgewirkt wurde[11]). Die Dauer dieser durch die denuntiatio oder durch die rescripti editio bis zur wirklichen „cognitio," wo alsdann lis conteſtirt wurde (§. 146), bedingten Termine[12]) ist uns im Ganzen[13]) so wenig be-

7) L. 1 C. Th. ht. auch L. un. f. C. Th. utrubi (4, 22).

8) L. 1 C. Th. unde vi (4, 22).

9) So testato convenire, L. 8 §. 8 f. D. mand. (17, 1). — L. 32 §. 14 de rec. (4, 8).

10) L. 1 §. 1 C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14) — nisi allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio, u. zwar per executorem, wie in L. 3 C. de praescr. 30 (7, 39) hinzugesezt wird.

11) Für Löhrs (Archiv f. civ. Pr. Bd. 10, S. 85) bestimmte Aeußerung, die denuntiatio sey grade die Mittheilung der impetrirten actio, und ferner das impetrirte u. durch gerichtliche Vermittlung mitgetheilte Rescript vertrete die formula, habe ich keine Gründe finden können. Die denuntiationes haben doch wohl fortgedauert, als auch die actiones nicht mehr impetrirt wurden, und die L. 2 C. Th. ht., welche die gerichtliche an die Stelle der außergerichtlichen Denuntiation treten läßt, bey welcher leztern doch noch nicht die actio impetrirt seyn konnte, sagt von einer solchen impetratio gleichfalls nichts, so wie überhaupt davon in den Titeln über die denuntiationes nicht die Rede ist. Auch erzählt *Symmach.* epp. X, 52 einen Fall, in welchem der Kläger „intra metas justi temporis", nämlich nach der Denuntiation, „nequivit exequi propositas actiones."

12) L. 1, 4, 5, 6 C. Th. ht. L. ult. C. Th. de temp. cursu. Symmach. X, 45.

13) Nämlich abgesehen von der Verordnung des Constan-

kannt [14]), als die, welche bey den ältern vadimonia üblich war. Verlängert soll die Frist, verordnet Valentinian, selbst durch kaiserliche Rescripte nicht werden [15]). Versäumniß hatte für den Kläger ein causa cadere (wie beym vadimonium) zur Folge [16]). Gegen den ausbleibenden Beklagten wurde als

---

tius und Constans, L 3 C. Th. de dilat. (2, 7): Inter privatos et fiscum, si privatus actionem intendat, quatuor mensium tempora custodienda sunt: cum vero fiscus privato inferat aliquam quaestionem, sex mensium curricula serventur. Utrique parti petendae dilationis per defensores suos copia non neganda, si hoc commoditatis ratio postulaverit. Die Dilationen, von welchen der Titel spricht, sind zwar nicht die jezt in Frage stehenden Fristen ad litem contestandam, sondern die beym judicium; aber die Stelle fügt auch hinzu, daß diese Dilationen nicht versagt werden dürfen, u. ist mithin wegen dieses ihres zweyten Theils in den gegenwärtigen Titel aufgenommen worden, wenn sie nicht in den Titel de tempor. cursu gehört, wo sie in mehreren Handschriften als L. 5 (ult.) wirklich steht, vgl. *J. Gothofr.* ibid.

14) Wenn es nicht die vier Monate waren, welche der Private gegen den Fiscus hatte (Not. 13)), und von welchen in Nov. Valent. III. L. 2 T. 35 §. 14 die Rede ist, u. welche auch der Termin der reparatio, s. unten.

15) L. 4 C. Th. ht. — „inter justas videlicet legitimasque personas", d. h., wie sich die interpretatio ausdrückt: „si tamen litigantium perfectae probantur aetates." Wie überhaupt den Minderjährigen denuntiirt werden müsse, darüber besitzen wir eine Verordnung von Constantin, L. 1 C. Th. ht. Auch könnte man bey jenen Worten an die des Symm. l. c. denken: cum lis *alteri* denuntiata, *aliam* personam temporibus exactis tenere non possit."

16) Das ergibt sich aus L. 2 C. Th. de temp. cursu, wonach der Richter den Kläger entschädigen muß, wenn jener Schuld gewesen, u. aus der Erzählung bey Symm. epp. X, 52, weshalb es auch bey Augustin. contra Donatist. T. 7, c. 25 heißt: „Revocatur explosa et convicta praescriptio, diem causae agendae jam transiisse clamatur." Beyde Stellen setzen voraus, daß auch die zweyte (viermonatliche) Dilation bereits verstrichen war, vgl. *Jac. Gothofr.* ad L. 1 C. Th. 2, 6. S. ferner Nov. Val. 12 ed. R. oder Lib. 2, T. 35 §. 14.

Digitized by

contumax verfahren [17]). Indeſſen pflegten ſich die Kaiſer nach abgelaufener Friſt zur redintegratio bewegen zu laſſen, die ſchon nach Conſtantiniſcher Verordnung aus Gründen gegeben werden kann (wie ja dergleichen Dilationen beym vadimonium auch vorkamen), aber durchaus nicht über 4 Monate [18]), ſo wie Arcadius die vertragsmäßige Dilation auf 2 Monate beſchränkt [19]). War es des Richters Schuld, daß auch die zweyte Friſt verſtrich (si culpa judicis gemino lapsu causa fuerit evoluta), ſo muß er ſelbſt nach einer Verordnung Conſtantins den Schaden erſetzen [20]). Daß aber, wenn eine der Parteyen ſtirbt, die Friſt, auch die viermonatliche, aufs Neue laufe, das, ſagt Conſtantin, „latis jam dudum legibus continetur [21])." Wir kennen weder dieſe leges noch die lex ſeiner Söhne, welche beſtimmt hatte, daß dieſe Friſt vom Tode an laufen ſoll. Sie ändern dieſes aber ab. Von Antretung der Erbſchaft, bey Minderjährigen von Beſtellung des Vormunds an, ſoll die Zeit laufen, und dem Gegner von der „reparatio" Nachricht gegeben werden [22]).

17) Nov. cit. §. 15, u. unt. §. 151.

18) L. 1 C. Th. de temp. cursu u. Symm. u. Augustin. ll. cc. Vgl. L. un. C. Th. si pend. appell. (11, 35). *Cujac.* Obss. XII, 4.

19) L. un. C. Th. de dilationib. ex consensu (11, 33).

20) L. un. C. Th. de secundo lapsu (11, 32). L. 2 C. Th. de temp. cursu. Symm. l. c. — *Cujac.* Obss XVI, 7. In Juſtinians Compilation iſt daraus blos die L. 2 C. de poena judicis qui male judicavit (7, 49) entſtanden.

21) L. 3 C. Th. de temp. cursu, welche mit L. un. C. Th. si pendente app. mors interv. (11, 35), welche das auch bey Appellationen annimmt, Eine Verordnung ausmachte.

22) L. 4 C. Th. de temp. cursu. Bey Symm. X, 45 wird ein ſolcher Fall erzählt, wo ſich die Erben des Beklagten darauf berufen, es müßten „novari tempora possessore mortuo". Die Erwiederung, es gelte das nur beym Tode des Petitors, wurde mit Recht verworfen. Denn L. 3 und 4 C. Th. citt. ſprechen von beyden Parteyen, obwohl die L. 4 im Verlaufe nur den Kläger

§. 144.

Prozeßeröffnung ohne denuntiatio.

Gegen Abwesende hat es wohl zur Edition beym Magistrate, aber nicht zur wirklichen Ladung kommen können [1]), und es ist also hier bey dem, ja auch ins Justinianeische Recht übergegangenen, Verfahren durch Missionen geblieben. So wie ferner nicht überall vadimonia concipirt worden, so sollten die denuntiationes und die durch sie oder durch rescripti editio bedingten Verzögerungen in ganz liquiden, oder ihrer Natur nach Eile fodernden Sachen unterbleiben, d. h. der Vorgeladene darf sich dann nicht auf mangelnde denuntiatio, oder mangelnde Befristung berufen. Darüber spricht sich Valentinian aus bey einer auf klare Handschrift gegründeten Schuldfoderung [2]), verordnet dasselbe auch bey einer gewissen revocatio donationis [3]), und bey dem interdictum unde vi [4]), und Arcadius verordnet [5]), man sollte „ruptis denuntiationum ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes proponere," ohne die bey den übrigen Gegenständen, wenn ihr Betrag nur hundert solidi übersteigt, übliche Befristung, nämlich auch noch bey der auf ein Darlehn oder auf eine literarum obligatio gegründeten Foderung, bey einer fideicommissarischen Klage, bey verletztem Besiz [6]), oder bey jedem sonstigen In-

---

im Auge hatte (— ita tamen, ut ea res non lateat *possidentem*), wodurch vielleicht die Chicane gerechtfertigt werden sollte, s. *Jac. Goth.* ad L. 3 cit., T. I, p. 128.

1) S. auch L. 2 C. Th. ht. (2, 4).

2) L. 3 C. Th. eod.

3) L. 6 §. 1 C. Th. de iis quae adm. (8, 15).

4) Wenigstens soll man dabey nach ausgewirktem Rescripte nicht durch Fristen hingehalten werden, L. 5 C. Th. ht.

5) L. 6 C. Th. ht. (2, 4). Vgl. auch L. un. f. C. Th. utrubi (4, 23).

6) Bey gestörter „momentaria possessio", ein Ausdruck, welcher, so wie momentariae possessioni restituere, L. 1 C. si per

terdicte[7]), ferner bey der querela inofficiosi testamenti, bey der actio tutelae und negotiorum gestorum. Desgleichen stellt Honorius die Sachen der Kirchen in diese Katego-

---

vim (8, 5), momenti jure restituere, Cass. Var. IV, 44. momentariae possessionis interdictum, L. 8 §. 1 C. Th. de jurisd. (2, 1) od. L. 8 C. unde vi (8, 4), momenti actio, L. 6 C. Th. unde vi (4, 22), ad repetendum momentum, L. 4 eod., momenti beneficio recipere, Interpr. ad L. un. C. Th. utrubi (4, 23), possessio et momentum, L. un. C. Th. si de momento fuerit appellat. (11. 37), in der spätern Zeit für den Besiz (im Gegensatze des Eigenthums) u. dessen Wiedererlangung durch das interd. unde vi, gebraucht worden ist. Der Grund der Benennung liegt nach Isid. V, 25 in dem schleunigen Verfahren. Da solches aber nicht auf Interdicte, am wenigsten grade auf das Int., welches als momentarium bezeichnet wird, beschränkt ist, und da auch die possessio selbst eine momentaria genannt wird, so hat wohl die blos temporaire Eigenschaft des Besitzes (L. 1 §. 45 D. de aqua quot.), und der eben darum nur momentane Erfolg der Besizklage im Verhältniß zur Eigenthumsklage, die Benennung veranlaßt, Savigny in Ztschr. Bd. 6, S. 255, Note. — Die Begünstigungen, welche das int. unde vi erhalten hat, s. Not. 7) a. E., machen aber die momenti actio nicht zu einem eigenthümlichen Rechtsmittel, wie Hefftter Institt. S. 412 fg. zu glauben scheint.

7) Daß dadurch die gewöhnliche, §. 71, Not. 19) mißbilligte Ansicht nicht unterstüzt werde, ergibt sich schon daraus, daß man sich sonst bey allen in L. 6 cit. genannten Klagen mit unvollständiger Beweisführung begnügen müßte! Auch bezieht sich die Beschleunigung dieser Klagen nur auf die Vorbereitung, nicht auf die Sachverhandlung selbst. Von einem „summatim cognoscere" ist bey den Interdicten auch nie die Rede. War einmal verordnet worden, daß bey dem int. quor. bonorum nicht appellirt werden könne, so darf das weder auf die anderen Interdicte ausgedehnt, noch kann deshalb die Supplication ausgeschlossen werden, s. dar. §. 173 a. E., noch ist die Verordnung in Justinians Compilation übergegangen. Das interd. unde vi aber ist durch die christlichen Kaiser insofern besonders begünstigt worden, als es im Namen des Abwesenden von Jedem, welcher den verlorenen Besiz ausgeübt hatte ohne weitere Vollmacht, sogar von Sclaven, angestellt werden konnte, L. 1 C. Th. unde vi (4, 22) od. L. 1 C. si

Digitized by Google

rie[8]). In allen diesen Fällen also tritt nur wieder die einfache Ladung ein, ja es sind am Ende diese denuntiationes, oder vielmehr die mit ihnen oder mit dem ausgewirkten Rescripte verbundenen Fristverhältnisse ganz weggefallen, wenigstens unter Justinian[9]), in dessen Compilation von der ganzen Sache[10]), sowie von einer besondern Behandlung jener Fälle[11]) gar nicht weiter die Rede ist[12]). Allers-

---

per vim (8, 5). L. 4, 6 C. Th. eod. od. L. 3 C. qui legit. (3, 6), Sav. a. a. O. S. 247 fg.

8) L. 7 C. Th. ht. (2, 4).

9) In Nov. Marc. v. J. 450, tit. 1 §. 1, Nov. Valent. III. v. J. 452, L. 2, tit. 35 §. 14 ist von der zur Klaganstellung nöthigen editio bey der Obrigkeit die Rede, und daß die Denuntiation gemeint sey, erhellt aus der alsdann gestatteten viermonatlichen Frist.

10) Alle die hieher gehörenden Titel des Th. Coder fehlen, u. es sind dagegen die von dem in jus vocare u. von der cautio in judicio sistendi causa facta handelnden Titel aufgenommen, u. es sind ferner auch alle Beziehungen auf jene Verhältnisse durch Interpolation vertilgt, vgl. L. 6 C. Th. ht. mit L. 4 C. de int. (8, 1). L. 1 C. Th. ht. mit L. 2 C. si ex plurib. (5, 40). L. 44 C. Th. de domin. rei (2, 5) mit L. 1 C. de consort. ejusd. lit. (3, 40). L. 3 C. Th. de dilat. (2. 7) mit L. 6 C. de dilat. (3, 11). — Mit Unrecht zieht man L. 7, 9 C. quom. et quando (7, 43) hierher, welche sowie Paul. V, 5a §. 7 auf diejenigen Denuntiationen gehn, durch welche nach der Litiscontestation die contumaces aufgefodert werden, s. §. 151.

11) „Hodie generaliter omnes causae sunt agendae confestim" sagt *Cujac.* Obss. XVI, 7. — Savigny, S. 246. — Man kann also auch nicht mit Hefftter, S. 408 sagen, daß man daraus die „Entstehung eines jezt s. g. summarischen Prozesses" ersehe. Er zählt nachher die größtentheils schon in den Digesten vorkommenden wirklich summarischen Fälle auf, von welchen §. 142 a. E. die Rede war.

12) Wenn aus den „ruptis denuntiationum ambagibus" der L. 6 C. Th. ht. in der blos noch von Interdicten sprechenden L. ult. C. de int. „ruptis *veteribus* ambagibus" geworden, so soll das im Sinne der Compilation weiter nichts sagen, als was in §. ult. I. de interd. steht, ordo et vetus exitus interdictorum falle jezt weg, die Interdicte seyen nun actiones wie die anderen Klagen

dings geſchah die „conventio“ fortwährend dadurch, daß, es ſey das ausgewirkte kaiſerliche Reſcript[13]), oder die auf des Klägers Antrag erfolgte gerichtliche Ausfertigung (der jussus magistratus, die sententia commonitoria) dem Gegner durch executores zugeſtellt wurde[14]). Und ſo verſtanden war fortwährend das in jus vocare die Art und Weiſe der Prozeßeinleitung[15]). Daß man einen „libellum conventionis“ componirte[16]) (d. h. nicht eine Klagſchrift in unſerm Sinne des Worts[17]), ſondern nur eine ſchriftliche Bezeich-

---

auch, freylich extraordinariae, §. 90 a. E. Ein eigenthümliches Interdictenverfahren gibt es alſo im Juſt. Rechte durchaus nicht, wenn auch bey dem int. quor. bonorum durch die Worte omnibus frustrationibus amputatis in L. 3 C. quor. bon. u. bey dem int. unde vi oder der momenti actio in L. 8 C. unde vi (8, 4), L. 1 C. si per vim (8, 5), L. 14 C. de agric. (11, 47) Beſchleunigung empfohlen, bey der lezteren auch die Legitimation begünſtigt, ſ. Not. 7) und der Appellation der Suspenſiv-Effect verſagt wird, ſ. §. 173 a. E.

13) Vgl. §. 143, Not. 10). L. 2 C. quando lib. (1, 20). L. 6 C. unde vi (8, 4). L. 33 init. C. de don. (8, 54) — vel jus contestationis (das Recht zur Lit.Cont.) divino rescripto meruissent.

14) L. 25 §. 1, 2, L. 33 pr. C. de episc. (1, 3). L. 3 C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40). L. 8 C. unde vi. L. 17 §. 1 C. de dign. (12, 1). L. ult. init. C. de castrens. (12, 26). §. 26 I. de actt. — *Schulting* ad Tit. de in jus voc. §. 3, in Exercc. acadd. T. IV, p. 145. Heffter Inſtitt. S. 291.

15) §. 3 I. de poen. tem. lit. (4, 16), vgl. mit §. 111 a. E., wonach das gewaltſame in jus vocare frühe abgekommen, ſo wie durch Conſtantins L. 2 C. Th. ht. (2, 4) auch wohl überhaupt das private, u. daß jene Zuſtellung durch executores gleichfalls ſo heißt, ergibt ſich aus dem Ausdruck in jus vocare in L. un. C. Th. de his qui pot. (2, 14), und aus L. 25 pr. L. 33 §. 1 C. de episc. (in judicium — in litem vocare). — Die bisherigen Anſichten ſind hier ſehr ſchwankend, ſ. *Huber* praelectt. ad Tit. Pand. de in jus voc. §. 1. *Idsinga* varia, c. 6 f., p. 49 sq. *Glück* opuscc. fasc. II, p. 314 sq. not. 26). S. auch Almendingen in Grolmans Mag. Bd. 1, S. 301—306.

16) L. 3 C. de ann. exc. (7, 40).

17) Eben ſo ſind die „contradictorii libelli“, deren L. un.

gitized by Google

nung der Anträge, die man bey der künftigen Verhandlung machen wolle, eine actionis editio per libellum, die sogar im Formularprozesse vorgekommen) war wohl zunächst nicht grade nothwendig [18]). Man konnte seine Anträge ad acta geben, und durch den Executor insinuiren lassen. Der Geladene mußte nun Bürgschaft leisten, daß er sich stellen werde, was durchaus nicht erst unter Justinian der Fall gewesen, vielmehr schon mit den Denuntiationen in Verbindung stand [19]). Es ist offenbar nur das alte vadimonium, in seiner jetzigen Gestalt cautio judicio sistendi genannt, welche nunmehr dem Executor gestellt wurde, dem auch die Sporteln bezahlt werden [20]). Durch diesen konnte sogar auch noch hin und wieder persönliche Exhibition vorgenommen werden [21]), in welchem Falle der Executor auf den exhibitus bis zur Eröffnung des Streites ein wachsames Auge haben soll [22]). In einer Novelle [23]) wird als altes Recht

---

C. Th. de his qui pot. (2, 14) gedenkt, keine Exceptionsschrift, sondern eine schriftliche s. g. laudatio auctoris, s. *J. Goth.* ibid.

18) Die L 17 §. 1 C. de dignitt. (12, 1) gibt den personis illustrium das Privilegium, durch keine „sine scriptis habita sententia" belangt werden zu können. In einer verlorenen, von *Cujac.* Obss. XIII, 11 restit. Constitution, L. ult. C. de in jus voc. (2, 2), ist noch vom in jus vocare cum oder sine scripto die Rede.

19) Nov. Val. III, 12 ed. R. oder L. 2, T. 35, §. 15 in den Worten: vel fidejussionis vinculo constituto. Symm. epp. I, 27. — L. 25 §. 1, 2, L. 33 pr. C. de Episc. (1, 3). — §. 2 I. de satisd. (4, 11). Nov. 1, c. 1 §. 1.

20) S. Not. 19) u. §. 181.

21) Aus einer Constantinischen Verordnung, L. 1 C. Th. de off. jud. omn. (1, 10) od. L. 1 C. de off. div. jud. (1, 48), geht hervor, daß man wegen publica debita durch die officiales sogar aus seinem Hause geholt werden konnte, was hier gegen eine materfamilias verboten wird.

22) L. 1 C. de sport. (3, 2), vgl. Nov. 151, c. 1.

23) Mit dem Novellenrechte beginnt Goldschmidt Gesch. des Klaglibells, in seinen Abhh. aus dem Civilproz. nr. 1. S. ferner Hefftter, S. 292.

Digitized by

erwähnt, daß der Beklagte die vom Executor zugefertigte Urkunde zehn Tage nach der Insinuation unterschreiben, und alsdann die judicialis cautio leisten mußte [24]). Das wird aber in diesem Gesetze von Justinian dahin geändert, daß eine bloße admonitio auf keinen Fall genügen, sondern ein Libell überreicht werden soll, worauf zur Verbürgung und zur Unterzeichnung des Libells und zur Zahlung der Sporteln 20 Tage Zeit gelassen werden, und nur erst nach Ablauf dieser Zeit kann die Litiscontestation erfolgen [25]). Nach einer spätern Verordnung aber soll der libellus conventionis erst dann wirksam seyn, wenn der Actor cavirt hat, daß er binnen zwey Monaten die L. C. vornehmen, oder den doppelten Betrag des durch die Klagerhebung entstandenen Schadens, jedoch nicht über die Summe von 36 aurei ersetzen wolle [26]). Und um chicanöse Klagen desto sicherer abzuwenden, so sollen die conventionales libelli nicht eher dem Beklagten überreicht, oder von diesem die Sporteln erlegt werden, bis sie klägerischer Seits unterschrieben und bis ein vom Richter auf eigene Gefahr für tüchtig erkannter Bürge für die Fortsetzung des Rechtsstreits gestellt worden. Er haftet für die Kosten und den zehnten Theil der eingeklagten Summe, wenn die Klage als ungerecht zurückgewiesen worden. Wer keinen Bürgen stellen kann, muß eidliche Caution machen [27]). Persönliche Exhibition soll nur noch vom Kaiser selbst oder vom Praef. praet. angeordnet werden können [28]).

§. 145.

Was sonst noch bey der ersten Verhandlung zu bemerken.

Was sogleich bey der ersten Verhandlung geprüft werden muß, das ist auf jeden Fall die Zulässigkeit der Klage

24) Nov. 53, c. 3 pr.
25) Nov. cit. c. 3, §. 1, 2. — Nov. 82, c. 10 fin.
26) Nov. 96, c. 1. 27) Nov. 112 c. 2. Vgl. §. 181.
28) Nov. 151, c. 1.

Digitized by Google

an sich selbst, die gewiß jezt wie früherhin sogleich zurückgewiesen werden konnte[1]). Ferner sind wahre Präscriptionen, wie des incompetenten Forums, der unterlassenen Denuntiation, oder umgekehrt der noch nicht abgelaufenen Frist, schon jezt zu prüfen[2]). Ob ein hier abgelegtes Geständniß so behandelt worden, wie bey den extraordinariae actiones, oder ob es in dem Umfange wie bey dem Formularprozesse formelles Recht machte, darüber fehlen uns die Nachrichten[3]) ebenso, wie über die weitere Frage, wie es hier mit dem (in jure) deferirten Eide gehalten worden? Da indessen das Wesentliche des Formularprozesses, bis auf die formula selbst, überhaupt nicht untergegangen, da nirgends eine völlige Reform des alten Verfahrens Statt gefunden, und da Justinians Compilatoren die alten Grundsätze aufgenommen haben, so müssen wir ihre Fortdauer behaupten, und nur übrigens nicht vergessen, daß man an irgend eine feste und consequente Theorie in der Zeit der christlichen Kaiser ohnehin nicht denken darf. Nur die interrogationes in jure sind mit dem ordo judiciorum insofern untergegangen, als darauf nicht mehr interrogatoriae actiones gegründet werden konnten[4]). Aber es ist dagegen den Magistraten als solchen und als Richtern die unbestimmte Befugniß zu Theil geworden, durch Fragen und Erkundigungen die Wahrheit zu erforschen[5]), und mit aus dieser Rücksicht mag denn auch der Titel de interrogationibus in jure noch in

1) S. auch Mittermaier im Arch. für civ. Pr., Bd. 5, S. 358.

2) Vgl. den bey Symmachus (s. ob. §. 143, Not. 22)) erzählten Fall, wo es a. E. heißt: „Ego in referendo prolixus esse non debui, cum pene in ipso actionum vestibulo repulsa legibus causa constiterit."

3) Hollweg, Verf. S. 287 fg.

4) L. 1 §. 1 D. de int. in jure; s. §. 125, Note 12).

5) L. 1 C. Th. de judiciis (2, 18). L. 11 C. Th. de app. (11, 30). L. 5 C. de off. rect. prov. (1, 40). Nov. 112, c. 3. *Hübbe* de exc. rei judic. p. 37 sq.

Digitized by Google

Justinians Compilation übergegangen seyn, wo man die Interrogationen als Mittel zur Beweisführung ansehen konnte [6]). Die Rechtssätze, auf welche sich die Parteyen jezt berufen, theils in jure, theils bey der spätern Verhandlung, sind die juristischen Schriften und kaiserlichen Constitutionen, auch die für den fraglichen Fall erst ausgewirkten Rescripte, die nun aber seltner vorkommen, als früherhin [7]), und die übrigens, sowie die Stellen aus den juristischen Schriften, vorgelesen zu werden (legi, recitari) pflegen [8]).

§. 146.

Litiscontestation *).

Von den bisher beschriebenen Arten der Vorladung zur „cognitio" wird diese selbst, oder die litis contestatio als die wirkliche Sachverhandlung bey dem Magistrate, wo beyde Theile ihre Behauptungen und Erwiederungen vorbringen, auf das Bestimmteste unterschieden [1]). Der libellus conventionis überhebt den angreifenden Theil sowenig, wie die ältere actionis editio, vom nachherigen wirklichen Vorbringen seiner

---

6) Denn L. 1 §. 1 D. cit. ist interpolirt.

7) §. 143, Not. 5).

8) §. 143, Not. 4), ferner die in der L. un. (3) C. Th. de resp. prud. gedachte lectio, u. des Symmachus mehrgedachte Erzählung, wo auch von der gerichtlichen lectio einer kaiserlichen Constitution, u. von contrariae legis recitatio die Rede ist. Vgl. *J. Gothofr.* ad L. un. C. Th. cit.

*) Hefftter, Instit. S. 293 fgg.

1) L. 5, 6 C. Th. de denunt. (2, 4): — inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes — proponere. L. un. §. 1 C. Th. de act. certo temp. fin. (4, 14): — post litem contestatam, in judicio actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu. Justinian in L. 14 §. 1 C. de jud. (3, 1): — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam; vgl. L. 2 C. de jurejur. propt. cal. (2, 59): post narrationem et responsionem. L. 33 C. de don. (8, 54). — Eben so Nov. 53, c. 3. Nov. 82, c. 10 f. Nov. 96, c. 1.

Digitized by Google

Anträge, auf welche der Gegner zu antworten hat, und wodurch wir im Grunde noch denſelben Begriff erhalten, welchen die Litisconteſtation auch vorher hatte, ſobald man nur nicht dabey blos einen einzelnen Act vor Augen hat[2]). Fortwährend wird ſie als die Verhandlung bezeichnet, durch welche res in judicium deducirt[3]), und ſo die Thatfrage feſtgeſtellt wird, über welche im ſpätern Termine, wo der Magiſtrat als Judex fungirt, und wo bis zur Beendigung Jahre verfließen können (§. 151), Beweis geführt werden ſoll. Wird auch freylich keine Formel concipirt[4]), ſo müſſen nichts deſto weniger alle die Einwendungen, welche frühерhin in die Formel kamen, auch jezt noch in jenem erſten Termine vorgebracht werden, beſonders die dilatoriſchen, wenn man auch allenfalls die erſt nachher opponirten peremtoriſchen noch zuläßt, wie auch früherhin bey dieſen, und nicht leicht bey jenen in integrum reſtituirt wurde (§. 98 a. E.). Daß man durch die L. C. und nicht ſchon durch die Ladung obligirt werde, ſagt noch eine Juſtinianeiſche Novelle[5]), und die materiellen Folgen der L. C. ſind auch in Juſtinians Compilation übergegangen. Nur wird hier die actio, was wichtig iſt, nicht mehr ſchon durch die L. C.[6]), ſondern erſt durch das wirkliche Urtheil, und hier

---

2) Daß das ganze Weſen ſich verändert habe, behauptet zwar Goldſchmidt üb. Lit.Cont. S. 25 fg., aber nur weil er von der alten L.C. einen unrichtigen Begriff hat. Wenn Keller, S. 63 Aehnliches ſagt, ſo meint er doch nur, daß ein ſo beſtimmter Punkt des Prozeſſes, wie ihn die Conception der Formel gewährte, vermißt werde.

3) L. un. § 1 C. Th. cit.

4) Inſofern alſo kann es immerhin Interpolation ſeyn, wenn L. un. C. de litiscont. (3, 9) ſagt: Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

5) Nov. 53, c. 3.

6) Das ergibt ſich ſowohl daraus, daß die exc. rei in judicium deductae u. überhaupt die Sache ſelbſt in Juſtinians Compilation gar nicht vorkömmt, u. erſt durch Gajus bekannt gewor-

immer indirecter Weise consumirt [7]). Aus jenem Grunde kann jezt auch eine irrthümliche Klage noch während des ganzen Judiciums verbessert werden [8]). Die wenigen übrigen Aenderungen beschränken sich im Wesentlichen darauf [9]), daß einige Wirkungen der L. C. schon an die bloße Ladung geknüpft sind, welche ihrer Seits von ihren wenigen Wirkungen keine verloren hat [10]). Nämlich die temporales actiones werden durch L. C. perpetuirt (§. 121, n. 1), aber diese Wirkung legt Arcadius sogar schon der bloßen Bitte um ein kaiserliches Rescript bey [11]). Theodos II. sezt bey der von ihm eingeführten dreyßigjährigen Verjährung der perpetuae actiones voraus, daß sie vorher noch nicht motae waren, und erklärt das dahin, es müsse bis zur wirklichen conventio (nämlich durch den executor) gekommen seyn, und namentlich genüge es auch nicht, ein Rescript erst nur erlangt, oder auch bey Gericht überreicht zu haben, und von der conventio oder, wenn L. C. erfolgt ist, von da an, laufen neue dreyßig [12]), nach einer Aenderung Justinians aber vierzig Jahre [13]). Auch rescribirt dieser Kaiser, daß die Perpetuirung der temporales actiones von wirklicher re-

---

den, als auch insbesondere daraus, daß schon Theodos II. in L. un. §. 1 C. Th. cit. die neue Anstellung einer auch bereits bis zur Lit.Cont. gediehenen Klage ohne Weiteres zuläßt.

7) §. 5 I. de exc. (4, 13). Hollw. Vers. S. 152 fg.

8) §. 35 I. de act. vgl. mit Gaj. IV, 55. Dem Resultate nach s. Bayer üb. die Aenderung des Klaglibells, S. 47—55.

9) Abgesehen von den an die Fassung einer formula geknüpften Folgen, wie die alten Nachtheile der pluris petitio (§. 178).

10) So die Prävention, s. §. 27 a. E. vgl. mit der §. 144, Not. 18) a. E. erwähnten Constitution.

11) L. 8 C. Th. de div. rescr. (1, 2). L. 1 C. quando libellus (1, 20).

12) L. un. §. 1 C. Th. cit. So auch cit. Nov. Valent. 12 mit localen Ausnahmen.

13) L. 9 C. de praescr. 30 (7, 39). L. 1 §. 1 C. de ann. exc. (7, 40). Dazu vgl. Linde in Ztschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 2, S. 171 fgg.

scripti *impetratio* abhängig und blos auf die prätorischen Annalklagen anwendbar sey [14]). Im Allgemeinen also sind der rescripti editio keineswegs die Wirkungen der L. C. beygelegt worden [15]). Was nun noch die Litigiosität betrifft [16]), so ist zunächst eine sonderbare Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos zu bemerken. Wer eine litigiose Sache oder Foderung (rem litigiosam vel ambiguum chirographum) durch lezte Willensordnung einem Dritten zuwendet, dessen Erbe soll den Prozeß auf eigene Gefahr selbst fortführen und dem Vermächtnißnehmer den Werth erstatten [17]). Justinian aber verordnet, daß während des Prozesses weder Klagen noch Sachen veräußert werden sollen. Wohl nur auf Veräußerung der Sachen bezieht sich die alsdann hinzugefügte Strafbestimmung. Handelt nämlich der Erwerber wissentlich, so büßt er die Sache und noch einmal den Werth zum Besten des Fiscus ein. War er aber in bona fide, so ist nicht blos die Veräußerung ungültig, sondern es muß ihm der Veräußerer nächst dem Pretium den dritten Theil des Werths erstatten; auch im Falle der Schenkung muß statt des Preißes der Werth gegeben werden. Ausgenommen (von dem ganzen Verbote) sind Veräußerungen, die als dos, als ante nuptias donatio, durch Vergleich, Erbtheilung und durch leztwillige Verfügungen gemacht worden sind [18]). Eine spätere Verordnung, wonach die Litigiosität erst mit der Ladung beginnt, bezieht sich blos auf die mit einer dinglichen Klage in Anspruch genommenen Sachen [19]).

---

14) L. 2 C. quando libellus (1, 20).

15) Die L. 33 init. C. de don. (8, 54) ist mit Rücksicht auf L. 2 C. cit. zu verstehen: die geschenkten Klagen werden durch Litiscontestation oder (wenn es Annalklagen sind) auch durch Rescript transmissibel.

16) Mühlenbruch, Cession 2te A., S. 372 fgg.

17) L. 3 C. de litigios. (8, 37).

18) L. ult. eod. 19) Nov. 112, c. 1).

Digitized by Google

§. 147.

Der Richter und die Beweisführung.

Da die Denuntiationen genügende Frist gewähren, so sollten sich die Parteyen inzwischen mit allen ihren Beweismitteln ausrüsten [1]). Denn wie ehemals nach der L. C. das Judicium keinen langen Aufschub litt (der Prozeßverjährung wegen), so soll sich auch jezt an die ersten Parteyvorträge das Beweisverfahren anschließen können [2]). Alsdann aber konnte dieses Verfahren selbst freylich Dilationen nöthig machen, die jezt wie früherhin (§. 130 a. E.) gegeben wurden [3]), nur, wie vormals nicht bey den Centumvirn, so jezt nicht im kaiserlichen Auditorium [4]). Daß der Magistrat, der zwar jezt überhaupt judex hieß, aber von nun an erst als solcher fungirte, etwa nach andern Grundsätzen als vorher der Privatrichter verfahren mußte, das läßt sich nicht einsehen [5]). Freylich erhielt er nicht mehr durch eine formula die judicandi potestas, zu welcher derselbe vielmehr nun kraft seiner Anstellung ebenso wie zu der magistratischen Function competent war. Aber dasjenige, was in der ersten Verhandlung vorgebracht worden, verbunden mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, muß ihn eben so gut leiten, wie den alten Judex, dessen Instruction gleichfalls auf keiner andern Grundlage ruht. Es bleiben also nur noch die einzelnen in der Beweisführung selbst entstandenen Veränderungen zu bemerken, die in den folgenden §§. angegeben werden.

---

1) Eine Ausnahme L. 1 C. Th. de dilat. (2, 7).

2) L. 1 C. Th. cit. Nov. Valent. 12 od. II, 35 §. 14.

3) Tit. de dilationib. C. Th. 2, 7, von L. 2 an, C. 3, 11. — *J. Gothofr.* ad tit. C. Th. cit.

4) L. 5 C. de dilat. L. 1 C. de relat. (7, 61). Vgl. ob. §. 16 u. *Cujac.* obss. X, 20.

5) De officio judicis enthalten Justinians Institutionen einen Titel, welcher nur die alten Grundsätze wiederholt.

Digitized by Google

§. 148.

Die Zeugen *).

Auch in Civilsachen sollen die Zeugen nach einer Constantinischen Verordnung, und zwar vor ihrer Vernehmung beeidigt, nur ein einziger Zeuge soll aber gar nicht zugelassen werden [1]). Jedoch Zwang zum Zeugniß fand zunächst immer noch nicht Statt. Erst Zeno verordnet, daß derjenige, welcher eine Urkunde als Zeuge unterschrieben, oder bereits über eine Thatsache ausgesagt hat, nunmehr sein Zeugniß nicht versagen könne [2]), und daß, wer sich einmal in einer Civilsache als Zeuge vor dem Richter gestellt hat, der Gewalt und Disciplin desselben nunmehr in der Beziehung unterworfen sey [3]). Erst in einer noch dazu verloren gegangenen Constitution von Justinian ist der Grundsaz ausgesprochen worden, daß man auch in Civilsachen Zeugniß abzulegen verpflichtet sey, soweit nicht auch hier gesezliche Befreyung obwalte, indem z. B. nicht Verwandte gegen einander, Freygelassene gegen ihren Patron, Sachwalter gegen ihre Clienten zu zeugen gezwungen werden

---

*) S. §. 133, Not. *). C. Th. de fide testium et instrumentorum (11, 39).

1) L. 3 init. C. Th. ht. oder L. 9 C. ht. (4, 20). *Malblanc* de jurejur. ed. 2, p. 217—222 — Uebersehend, daß die vorher Statt gehabte Eidesleistung auf Criminalsachen beschränkt war (§. 133, Not. 3)), will emendiren *van de Water* Obss. III, 1.

2) L. 15 §. 1 C. ht.

3) L. 14 C. eod. Es ist in dieser Stelle von „judicantis secretum intrare" die Rede, was Veranlassung gegeben hat, unser heimliches Zeugenverhör schon aus dem späteren röm. Rechte abzuleiten, da doch jener Ausdruck nichts als die Gerichtsstätte bezeichnet (§. 21). Vgl. dageg. schon *Gundling* de testium clandestino examine, in Gundlingiana, P. IX, p. 372—376. *F. G. Koepping* de exam. testium sec. princ. jur. Rom., Lips. 1776, 4. *H. M. Hebenstreit* de interrogatione testium in secreto, Lips. 1780, 4. S. Note 7) u. 8).

Digitized by Google

könnten [4]). Auch die Entschuldigung, welche Alter, Krankheit, Amtspflicht, besonders bey Soldaten, an die Hand gab [5]), galt jezt in Civilsachen ebenfalls, wiewohl eben jene Constitution ausnahmsweise die Vernehmung mancher, namentlich vornehmer Personen durch eine ins Haus gesandte Deputation erlaubt hat, was nun auch dort zur Anwendung kommen konnte [6]). Die Vernehmung der Zeugen, welche die Parteyen vorführten (producere), nahm jezt zwar der Richter vor, aber nach wie vor in Gegenwart der Parteyen oder ihrer Sachwalter, was noch Justinian ausdrücklich anerkennt [7]). Ja es wird das sowohl, als daß den Parteyen auch in der neusten Zeit fortwährend das Recht geblieben ist, unmittelbar selbst Erläuterungsfragen an die Zeugen zu stellen, bestätigt und erwiesen durch ein über eine mehrere Tage fortgesezte Zeugenvernehmung noch vorhandenes Protocoll aus dem Jahre 557 [8]). Es ergibt sich daraus auch, daß die Zeugen vorerst nicht über einzelne Puncte vernommen wurden, sondern den Hergang der Sache, soweit sie ihn kannten, in zusammenhängender Rede erzählen mußten. Ihre Aussagen wurden, wie überhaupt bey den römi-

---

4) L. 16 C. ht. S. *Cujac.* Obss. VIII, 13 u. XIII, 38. Justinian bezieht sich darauf in L. 19 C. eod. Vgl. damit L. 4, 5, L. ult. D. ht. (22, 5). Paul. V, 15 §. 2.

5) L. 6 §. ult. L. 8, 19 D. eod.

6) Glück Comm. Bd. 22, S. 181—184. Auch zu den Bischöffen soll ins Haus geschickt werden, Nov. 123, c. 7.

7) L. 18 C. de fide instr. (4, 21), L. 19 C. ht. Nov. 90, c. 4 u. c. 9. S. die Schriftsteller in Not. 3) u. Spangenberg im Archiv. f. civ. Pr. B. 6, H. 2, nr. XI. Die L. 18 C. cit. von Justinian verordnet, daß die einem fremden Richter unterworfenen Zeugen vor diesem in Gegenwart der Parteyen vernommen, und dann ihre Depositionen dem Richter in der Sache selbst zugestellt werden sollen.

8) Aus Marini's Sammlung hat es Spangenberg abdrucken lassen in seinem juris Rom. tabulae negotior., Lips. 1822, p. 304—306, u. erläutert im Archiv, a. a. O. S. 221 fgg.

schen Gesten der Fall war[9]), mit buchstäblicher Treue zu Protocoll genommen, was auch Justinian in einer Novelle vorgeschrieben hat[10]). Aus diesem Gesetze ergibt sich ferner, daß man mehrmalige Zeugenproductionen vornehmen konnte, wenn die Aussagen der ersten Zeugen nicht durchgreifend waren, oder wenn der Gegner nicht zugegen war, weil in diesem Fall die Aussagen gar keine Kraft hatten, was indessen Justinian, weil es zur Verschleifung der Prozesse benuzt wurde, unter der Voraussetzung abändert, daß die Partey gehörig geladen und zu kommen im Stande war[11]). Eine vierte Zeugenproduction soll dem Beweisführer (troz seiner generellen Beeidigung, s. §. 180 bey Note 31)) nur noch insofern gestattet seyn, als er einen speciellen Eid darauf leistet, daß es nicht zur Verzögerung des Rechtsstreits geschehe. In Bezug auf die Person der Zeugen und ihre Glaubwürdigkeit gelten die alten Grundsätze. Constantins Verordnung, daß den Angesehenen mehr Glauben beyzumessen sey, als den Geringern[12]), enthält grade nichts Neues, eher Justinians: wer Zeugen für sich gebrauchen müsse sie in einem andern Prozeß auch gegen sich gelten lassen, wenn er nicht zeigen könne, daß er inzwischen in eine solche Feindschaft gerathen, welche die Zeugen verwerflich macht, oder klar darthun könne, daß sie bestochen worden[13]). Als eine solche Feindschaft bezeichnet Justinian späterhin eine durch peinliche Anklage erzeugte. Anderes, z. B. Civilklage, macht nur verdächtig[14]). Uebrigens ist in dieser Zeit den Apostaten und Wiedertäufern[15]), und von Justinian auch den Kezzern, die Fähigkeit zum Zeugniß abgesprochen worden[16]).

9) Spangenb. S. 225 fg.
10) Nov. 90, c. 3. 11) Nov. 90, c. 9.
12) L. 3 pr. C. Th., L. 9 pr. C. ht. 13) L. 17 C. ht.
14) Nov. 90, c. 7.
15) L. 11 C. Th. ht. de apost. (16, 7). L. 3 C. eod. (1, 7).
16) L. 21 C. de heretic. (1, 5).

Digitized by

§. 149.
Die Urkunden *).

In Bezug auf die Beweisführung durch Urkunden gelten die alten Grundsätze fort. Nur ist Justinian auf die Ansicht gekommen, die Verbindlichkeit zur Edition einer Urkunde sey der zur Ablegung eines Zeugnisses zu vergleichen, und könne daher nur unter denselben Voraussetzungen, wie das Zeugniß, verweigert werden, oder durch die eidliche Versicherung, daß man die Urkunde nicht besitze, oder daß man durch die Besorgniß, an seinem eignen Vermögen Schaden zu leiden, von der Edition abgehalten werde. Die Verordnung darüber hat übrigens erst restituirt werden müssen [1]). In einer andern Constitution hat der Kaiser den Editionseid für den Fall noch geschärft, daß im Laufe des Rechtsstreits eine abermalige Production der Urkunden verlangt werde, um ihre Falschheit darzuthun [2]). Die bestrittene Echtheit einer Urkunde soll nach einer Verordnung Constantins durchaus vom Producten erwiesen werden [3]). Zum Beweise der Echtheit bediente man sich auch der Schriftvergleichung [4]), schon vor Justinian [5]), aber erst dieser Kaiser hat darüber besondere gesezliche Bestimmungen erlassen, und zwar vielfach wechselnde, besonders was die Beschaffenheit der Schriften betrifft, nach welchen die Vergleichung anzustellen sey. Schon aus einer restituirten Verordnung, welche die Strafe des fälschlichen Ableugnens der Hand bestimmt, geht hervor, wie unsicher dem

) S. §. 134, Not.) u. C. Th. cit. §. 148, Not. *).

1) L. 22 C. ht. (4, 21). S. *Cujac.* Obss. X, 8.

2) L. 21 C. eod. 3) L. 4 C. Th. ht. (11, 39).

4) Goldschmidt Abhh. S. 101—105. Gensler im Archiv f. civ. Pr. Bd. 2, S. 330 fgg. Klüpfel daſ. nr. 32, S. 333 fgg. Glück Comm. Bd. 22, S. 87 fgg.

5) L. 2 §. 1 C. Th. ad leg. Corn. de fals. (9, 19) od. L. 22 C. eod. (9, 22).

Digitized by Google

Kaiser dieses Beweismittel erschienen [6]). Im Jahr 530 verordnet er, die Vergleichung solle nicht mehr aus gewöhnlichen Privaturkunden angestellt werden, wenn diese nicht von drey Zeugen unterschrieben wären, deren wenigstens zwey die Echtheit anerkannt haben. Denn widrigenfalls, mag sie auch die Partey, gegen welche verglichen werden soll, produciren, bedarf es öffentlicher Instrumente (forensia vel publica), und die Kunstverständigen müssen ihre Redlichkeit beschwören [7]). Im Jahr 536 fand sich aber der Kaiser veranlaßt, auch aus Privaturkunden Vergleichung zuzulassen, sofern sie der, gegen welchen sie angestellt wird, selbst producirt hat, oder wenn sie aus öffentlichen Archiven entnommen worden sind [8]). Allein späterhin beschränkt er dieses Beweismittel wieder, und zwar in einer sehr weitläufigen Verordnung [9]), sofern nur der Gegenstand mehr als ein Pfund Goldes beträgt [10]). Hauptsächlich gab der nicht vorgesehene Fall Veranlassung, daß eine von Kunstverständigen für falsch erklärte Schuldverschreibung von den inzwischen aufgefundenen Zeugen, die sie mit unterschrieben hatten, für echt anerkannt wurde. — Auch in Bezug auf die Beweiskraft des Inhalts der Urkunden hat sich Justinian hier und da ausgesprochen, aber nur die alten, und sich von selbst verstehenden Grundsätze bestätigt [11]).

§. 150.
Der Eid *).

Nach beendigtem Beweisverfahren kann der Richter nach wie vor noch schwören lassen. Den von der Partey deferirten Eid sieht Justinian ohne Weiteres als Beweismittel an, und läßt Zurücknahme bis zum rechtskräftig gewor-

6) L. 16 C. ht. S. *Cujac.* Obss. X, 8.
7) L. 20 C. ht. 8) Nov. 49, c. 2. 9) Nov. 73.
10) Nov. cit. c. 8 fin.
11) Nov. 18, c. 8. Goldschmidt, S. 92—94. — Nov. 119, c. 3.
*) S. §. 135, Not. *).

Digitized by

denen Urtheil, aber nach der Zurücknahme keine neue Delation, ſondern nur andere Beweismittel zu [1]). Er geht von der Vorausſetzung aus, daß der Eid zu jeder Zeit des Prozeſſes, auch noch unmittelbar vor dem Urtheil, deferirt werden könne [2]), und verordnet ſowohl hinſichtlich des vom Richter, als von der Partey mit Zulaſſung des Richters deferirten Eides, daß er aus Rückſicht auf den möglichen Todesfall ſogleich geſchworen werden ſoll [3]). Wenn die Partey gegen ihre Schuldigkeit zur Eidesleiſtung Rechtsmittel ergreift, ſo ſoll der Richter ſo, als wenn der Eid verweigert worden, ſein Erkenntniß ſtellen, welches aber freylich reformirt werden kann [4]). Hierauf folgen Beſtimmungen über die Eidesleiſtung Abweſender [5]), und daß je nach der Qualität der Perſonen bey dem Richter ſelbſt oder zu Hauſe u. d. m. die Beeidigung vorzunehmen ſey, Rückſichten, welche ſchon lange aufgekommen hier nur im Allgemeinen beſtätigt werden [6]), ſo wie auch Alles was über Zurückſchiebung oder calumniae juramentum vorher gegolten [7]). In einem ſpeciellen Falle ſoll der Eid wegen erwieſener Unwahrheit aufgehoben werden können [8]). — Das juram. in litem hat keine Veränderung erlitten [9]).

§. 151.

Contumacia und Prozeßverjährung.

War der Kläger abweſend, ſo wurde der Beklagte abſolvirt, ſ. §. 143. Aber der abweſende Beklagte „evocatus

1) L. 11 C. lit. (4, 1). 2) L. 12 pr. f. eod.
3) L. 12 pr. §. 1 eod. 4) L. 12 §. 2 eod.
5) L. 12 §. 4 eod.
6) L. 12 §. 5 eod. vgl. mit §. 127, nr. 7.
7) L. 12 §. 6 eod.
8) L. 13 C. eod. Darauf beziehen ſich die Schlußworte der L. 1 eod.
9) Zeno's L. 9 C. unde vi (8, 4) bringt nur die gewöhnlichen Grundſätze zur Anwendung, und fodert dabey vorausgehende richterliche Taxation. Das Leztere will auch Nov. 82, c. 10.

secundum ordinem juris sententiam excipiat contumacis," wie sich Valentinian III. ausdrückt [1]). Es waren nämlich schon gegen die Zeit Diocletians hin auch drey Denuntiationen (literae) statt der drey Edicte vorgekommen, d. h. Insinuation statt der Proclame [2]), und es weist Valentinian nur auf die fortwährend beobachteten Grundsätze über das Contumacialverfahren hin, die auch in Justinians Compilation übergegangen sind [3]). Justinian selbst hat zugleich darüber und über die s. g. Prozeßverjährung [4]) eine Verordnung erlassen. Diese Verjährung nämlich, oder der Grundsaz, daß die formula nur eine gewisse Zeit dauern soll, welcher in den Provinzen nach und nach schon frühe abgekommen zu seyn scheint (§. 128), ist freylich mit dem ordo judiciorum, und mit den lebenslänglichen Magistraturen, da jezt alle judicia nur wie imperio continentia betrachtet werden konnten, nothwendiger Weise gänzlich untergegangen. Daher konnte man jezt in der Regel eine bis zur Litiscontestation geführte Klage liegen lassen, und zu jeder Zeit wieder fortsetzen, so lange nicht die erst von Theodos dem Jüngern eingeführte Verjährung der bereits pendenten Klage eingetreten ist (§. 146). Nur in einigen Fällen war durch besondere Verordnungen eine bestimmte Dauer der Prozesse vorgeschrieben [5]). Nämlich Constan-

---

1) Nov. Valent. 12, od. Lib. 2, tit. 35, §. 15.

2) L. 7, 9 C. quomodo et quando (7, 43) und (wohl durch Interpolation) Paul. V, 5ª, §. 7. S. auch L. 23 §. 3 D. de app. (49, 1).

3) Hermog. L. 8 D. de min. L. 53 D. de re jud. (42, 1). Constantin in L. 2 C. ubi in rem actio (3, 19). L. un. C. Th. de petit. (10, 13). L. 6 §. 4 C. de his qui ad eccles. (1, 12), vgl. mit §. 136.

4) *Chr. Treitlinger* sistens Justinianum terminum litibus ponentem, u. de poena judicum et advocatorum terminum litium a Justiniano positum negligentium, Beydes Argent. 1760, 4 habe ich nicht erhalten können. — Linde in Ztschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 2, H. 1, nr. V, H. 2, nr. VI.

5) Linde a. a. O. S. 157 fg.

Digitized by Google

tin hat nicht blos die Anstellung der actio de dolo auf ein continuum biennium beschränkt, sondern ein solches auch zur Beendigung dieses Rechtsstreits vom Augenblicke der impetrirten Klage an gefodert[6]), so wie auch die nachher von ihm für die Restitution der Minderjährigen bestimmte feste Zeit auch für die Beendigung des Verfahrens gelten soll[6a]). Ferner hat er verlangt, daß die Prozesse, in welchen der Fiscus Kläger oder Beklagter ist, binnen eines Jahrs beendigt würden[7]). Aber mit Berufung auf das alte Recht bestimmen Gratian, Valentinian und Theodos für die bey jedem anderen Richter, als bey dem comes S. L. und R. P., geführten fiscalischen Prozesse nur einen Termin von zwey Monaten, wenn in derselben Provinz, von vier, wenn in einer benachbarten, von sechs Monaten, wenn in einer transmarina provincia gestritten wird[8]). Späterhin ist für die Beendigung der causae naufragiorum erst ein ein-, dann ein zweyjähriger Termin festgesezt worden[9]). Endlich erfolgte jene allgemeine Bestimmung, wonach alle anhängig gemachten Klagen wenigstens in 30 Jahren und ganz nach den Grundsätzen der Klagenverjährung erlöschen sollen[10]),

6) L. 1 C. Th. de dolo (2, 15): — neque — post biennium finiendae doli actionis concessam licentiam. L. 8 C. de dolo (2, 21). Vgl. §. 107.

6a) L. 2 pr. §. 1, 3 C. Th. de int. rest. (2, 16). L. 5 pr. L. 7 pr. C. de temp. in int. rest. (2, 53). Vgl. §. 107. Unterholzner Verjährungslehre, Bd. 2, S. 9, Not. 531.

7) L. 4 C. Th. de jure fisci (10, 1).

8) L. 13 C. Th. de jure fisci v. J. 385 mit L. 41 f. C. Th. de app. (11, 30) v. J. 383. Wenigstens 6 Monate von der Litiscont. an gewährt die aus den Basiliken restit. L. ult. C. de jure fisci (10, 1).

9) L. 1 C. Th. de naufrag. (13, 9). L. 2 C. eod. (11, 5). — L. 6 C. Th. L. 5 C. eod.

10) L. un. C. Th. de act. certo temp. fin. (4, 14): — quae ante non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem — —. *In eandem rationem* illis procul dubio recasu-

Digitized by Google

wodurch freylich jene speciellen Bestimmungen nicht aufgehoben sind, auf welche sich zum Theil noch Justinian beruft, indem er verordnet[11]), es sollten, sowie er schon die (vorher einjährigen[12])) criminales causae auf einen zweyjährigen Zeitraum beschränkt habe[13]), auch die pecuniariae causae nicht immortales seyn, sondern, mit Ausnahme der fiscalischen Sachen[14]), „*non ultra triennii metas* post litem contestatam esse protrahendas." Die kürzere Prozeßverjährung bey doli actio[15]), bey Schiffbrüchigen[16]), und selbst die längere, vierjährige bey integri restitutio[17]) ist aber in Justinians Compilation übergegangen, Letzteres in einem Gesetze Justinians selbst ausgesprochen worden[18]). Andere Ausnahmen fallen jedenfalls nun weg. Jene Vorschrift aber war an die judices gerichtet[19]), welche den ausbleibenden Kläger endlich durch ihre executores requiriren dürfen, und durch die Ungehorsamsbeschuldigung des Beklagten veranlaßt, dreymal immer nach einem Zwischenraum von zehen

---

ris, quae post litem contestatam etc. triginta demuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.

11) L. 13 C. de jud. (3, 1).

12) L. 7 D. de mun. et hon. (50, 4). L. 1, 2 C. Th. ut intra annum (9, 36). L. 2 C. Th. ad leg. Corn. de fals. (9, 19). — *Cujac.* Obss. I, 8. In L. 15 §. 5 ad Sct. Turp. (48, 16) ist „vel biennio" interpolirt.

13) L. ult. C. ut intra cert. temp. crim. quaest. (9, 44).

14) S. Not. 8).

15) Der gewöhnlichen Behauptung, Justinian habe diese Bestimmung in seiner Compilation weggelassen, stehn die Worte der L. 8 f. C. de dolo entgegen: Omnes sciant, neque incipiendae post biennium, *neque ante completum biennium coeptae, post biennium vero finiendae doli actionis esse concessam licentiam.* Daß von der *impetratio* an gerechnet werden soll, davon ist freylich jezt nicht mehr die Rede.

16) S. Not. 9). 17) S. Not. 6a).

18) L. 7 pr. C. de temp. in int. rest.

19) L. 13 pr. §. 1 C. de jud. (3, 1).

Tagen auffodern laſſen, und dann in contumaciam Recht ſprechen müſſen, und nicht grade gegen den Kläger[20]). Dieſe mehrmalige Citation des Klägers iſt eine Neuerung (§. 136, Not. 4)). Hinſichtlich des Beklagten ſind nur die alten Grundſätze ausdrücklich wiederholt[21]), ſowie auch die Unzuläſſigkeit der Provocation gegen ein ſolches auf gehörige Weiſe gegen Abweſende geſprochenes Erkenntniß für beyde Fälle beſtätigt wird[22]). Sorgt weder Richter noch Partey für die Auffoderung des Gegners, ſo erfolgt mors litis[23]), d. h. es kann der angefangene Prozeß nicht weiter fortgeſezt, immerhin aber aufs Neue geklagt werden, indem einerſeits der alte Grundſaz nicht mehr beſteht, daß ſchon die Litisconteſtation das alte Klagrecht aufhebt (§. 146), andrerſeits aber ſonſt die bereits anhängig gemachten Klagen nicht noch binnen 40 Jahren wieder angeſtellt werden könnten (§. 146). Erſt nach dieſer Zeit iſt nicht blos der Prozeß ſondern auch das Klagrecht erloſchen. Läßt der aufgefoderte Richter aus eigener Schuld die Sache liegen, ſo wird er geſtraft und ein anderer ſubſtituirt. Sein Tod oder caſuelle Verhinderung bewirkt keine Verlängerung des Termins, es müßte denn dem Nachfolger nicht einmal ein Jahr verbleiben, dann wird ſoviel zugegeben[24]). Verzögern die Advocaten die Sache, ſo ſoll ſie der Richter ſtrafen, und es in ſeiner Sentenz ausſprechen, daß durch ſie die dilatio verſchuldet worden[25]). Minderjährige u. dergl. haben nur Regreß gegen ihre Vertreter, und können erſt in subsidium in integrum reſtituirt werden[26]). — Noch hat ſpäterhin Juſtinian verordnet, daß dem Kläger, welcher, nachdem er die Klage vorgebracht, wieder ausbleibt, und dreymal

20) L. 13 cit. §. 2. 21) L. 13 cit. § 3.

22) L. 13 cit. §. 4.

23) L. 13 cit. §. 5 vgl. mit §. 2, wonach der Richter nicht verpflichtet iſt, ex officio zu requiriren.

24) L. 13 cit. §. 8. 25) L. 13 cit. §. 9.

26) L. 13 cit. §. 10, 11.

citirt worden, noch ein Jahr Frist gelassen, und wenn er sich inzwischen nicht stellt, auf Antrag des Beklagten ein Erkenntniß gefällt, wenn er sich aber stellt, und abermals ausbleibt, derselbe seines Klagrechts verlustig werden soll[27]).

§. 152.

Ferien *).

Die Tageszeit der gerichtlichen Verhandlung war der Vormittag [1]). Was aber die Tage selbst betrifft, die feriarum dies im Gegensatze der juridici [2]), so mußten an die Stelle der alten Feyertage [3]) unter den christlichen Kaisern andere treten, wie denn auch der ersteren nachher nicht weiter gedacht wird. Schon Constantin verordnet, es dürften am Sonntage keine gerichtlichen Verhandlungen vorgenommen werden, mit Ausnahme der Manumissionen und Emancipationen [4]), und es wird das nachher von Valentinian II. noch ganz besonders eingeschärft [5]). Daß die Obrigkeiten nicht willkührlich Ferien anordnen können, hatte gleichfalls schon Constantin verordnet [6]). Valentinian

27) Nov. 112 c. 3.

*) S. §. 129, Not. *). Tit. de feriis C. Th. 2, 8. C. 2, 11. — *J. Gothofred.* ad tit. C. Th. cit., T. I, p. 135—145. *Jo. Chr. Amadutii* edit. Legum Novellar. anecd. Theod. jun. et Valent. III. p. 182—185.

1) L. 6 (7) C. Th. de off. rect. prov. (1, 7). L. 1 C. Th. de off. jud. civ. (1, 8) — — nec meridianis horis a litigatoribus judices videantur. Vgl. *J. Goth.* ad L. 6 cit., T. I, p. 55.

2) L. 2 C. Th. ht.

3) In einer durch die Turiner Hdschrift bekannt gewordenen Constitution erklären Arcadius u. Honorius: Solennes paganorum superstitionis dies inter feriatos non haberi, olim reminiscimur imperasse. L. 22 C. Th. ht. (p. 107) bey Wenck.

4) L. 3 C. ht. — L. 1 C. Th. ht. Vgl. Sozom. I, 8.

5) L. 3 C. Th. de execut. (8, 8) od. L. 13 C. Th. de exactt. (11, 7), und nun auch in der Turiner Hdschrift im Tit. de feriis, bey Wenck: L. 18 (p. 104 sq.).

6) L. 4 C. ht.

Digitized by

aber hat mit Theodos I. und Arcadius eine ausführliche Constitution erlassen [7]), worin er alle nicht ausgenommenen Tage für juridici erklärt, und die allzu groß gewordene Zahl der Feyertage einschränkend, nur noch folgende zuläßt (illos tantum *manere* feriarum dies fas erit): Herbst- und Erndteferien, jedesmal einen Monat — die üblichen Tage beym Jahresanfang [8]) — die Gründungstage der Städte Rom und Constantinopel [9]) — die Osterfeyertage mit der vorangehenden und der Osterwoche [10]) — die Sonntage, und die Tage der Geburt und des Regierungsantritts des Kaisers. Nachträglich haben dieselben Kaiser Emancipation und Manumission an den Osterferien gestattet [11]). Juden konnten am Sabbath und andern ihrer Festtage nicht verklagt werden, selbst nicht vom Fiscus, wie wenigstens Honorius und Theodos II. verordnen [12]), was aber schon von Augustus decretirt worden seyn soll [13]). Auch Leo und Anthemius schärfen noch das Verbot der Verhandlungen am Sonntag ein [14]). Alle diese Bestimmungen sind in Justinians Compilation aufgenommen worden.

§. 153.

Sententia. Res judicata.

In Bezug auf die Sentenz entsteht die Frage, ob sie

---

7) L. 2 C. Th. L. 7 C. ht.

8) Vgl. L. 5 D. de feriis (2, 12).

9) Vgl. Sozom. V, 16.

10) Vgl. dazu die Nachweisungen bey *J. Gothofr.* ad L. 2 cit. T. I, p. 142 sq. u. die neue L. 21 C. Th. nach *Wenck.* — Die Interpretation sezt noch hinzu: „dies natalis domini nostri I. Epiphaniae", aber auch in Justinians Auszug sind diese und andre Feyertage nicht mit genannt.

11) L. 8 C. ht.

12) L. 3 C. Th. ht. L. 8 C. Th. de exec. (8, 8). L. 13 C. de Jud. (1, 9). — L. 20 C. Th. de Jud. (16, 8).

13) Joseph. Jud. Antiqq. XVI, 10.

14) L. ult. C. ht.

Digitized by Google

auch noch nach neuerem Recht auf Geld gerichtet seyn mußte[1])? Bey den extraordinariae actiones bestand diese Nothwendigkeit überhaupt nicht, und so konnte man allerdings nach aufgehobenem Formularprozesse davon abweichen, was aber erst unter Justinian geschehen, oder wenigstens ausdrücklich anerkannt worden zu seyn scheint. Bey den arbitrariae actiones war schon im Formularprozeß ein Befehl auf die Leistung selbst der condemnirenden oder absolvirenden Sentenz vorangegangen. Das ist auch im Justinianeischen Rechte geblieben, nur daß freylich auch jener Befehl nur vom Magistrate selbst gegeben, und von diesem auf des Klägers Verlangen manu militari vollzogen wurde[2]). War eine solche unmittelbare Erzwingbarkeit nicht möglich, oder bestand der Kläger nicht darauf, und der Beklagte erfüllte nicht freywillig, so mußte es denn doch zur pecuniaria condemnatio kommen. Auch in andern Fällen kann nach Justinianeischem Rechte nicht blos auf Geld, sondern auch auf die Sache selbst condemnirt werden[3]). Da indessen jezt alle judicia absolutoria sind[4]), so muß der Beklagte nicht Geld zahlen, wenn er in natura leisten will. Der Kläger aber wird sich doch mit Geld begnügen müssen, wo unmittelbare Execution nicht möglich ist. Daß die judicati actio aus einer andern als pecuniären Condemnation habe eintreten können, finden wir nicht. Ueberhaupt hat sich an den materiellen Wirkungen der res judicata nichts geändert, nur daß sie jezt

1) *Ribbentrop.* ad L. 16 §. 5 de pign. etc. p. 31 sqq. not.

2) §. 2 I. de off. jud. L. 68 de R. V. (6, 1). L. 7 C. de ex. rei jud. (7, 53). §. 31 I. de actt.

3) §. 32 I. de actt. Curare autem debet judex, ut omnimodo quantum possibile ei sit, certae pecuniae *vel rei* sententiam ferat: etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est. L. ult. C. de fid. lib. (7, 4) — miramur, quare Judex — non omnimodo condemnationem *in servum*, sed in aestimationem ejus fecerit. L. 14 C. de sent. et interl. (7, 45) — condemnare — *et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare.*

4) §. 2 I. de perp. et temp. actt.

Digitized by Google

nie anders, als per exceptionem wirksam ist, vgl. §. 146. — Hinsichtlich der Urtheilsverkündigung selbst ist aber noch zu bemerken, daß die immer allgemeiner gewordene Sitte, das Urtheil aufzuschreiben [5]), dennoch das pronuntiare nicht verdrängt hat. Ausdrücklich rescribiren Valerian und Gallien, daß eine blos schriftlich den Parteyen überreichte, nicht vorgelesene Sentenz null sey [6]). Zulezt ist das recitare ex periculo [7]) zur Nothwendigkeit geworden, denn endlich haben Valentinian, Valens und Gratian verordnet, daß das Urtheil nicht blos vorgelesen, sondern vorher auch wirklich aufgeschrieben werden müsse (ex libello data sententia). Von der Pflicht des Selbstvorlesens sollten nur judices illustres, z. B. der praefectus praetorio entbunden seyn, die das durch Einen ihrer Leute thun lassen können [8]). Nachher haben diese und spätere Kaiser noch ausdrücklich wiederholt, daß das Urtheil nichtig sey, wenn es nicht schriftlich aufgesezt worden [9]), was jedoch immer nur vom Endurtheil zu verstehn ist [10]). Hat man das Nöthige beobachtet [10a]), so kann der Richter das von ihm gefällte Urtheil auch nicht ändern [11]). Von der Nothwendigkeit schriftlicher Ausfertigung hat Justinian zwey Ausnahmen gemacht,

5) S. §. 137. Tit. de sententiis ex periculo recitandis, C. Th. 4, 17. C. 7, 44.

6) L. 1 C. ht. (7, 44).

7) Periculum wird abwechselnd in demselben Sinne, wie libellus, tabella gebraucht, und zwar für uns zuerst in L. 2 C. Th. ht. v. J. 382. Es bezeichnet eigentlich den schriftlich ausgearbeiteten vollständigen Entwurf der Sentenz, u. von diesem Entwerfen, periculum facere, ist der Ausdruck auf die formirte Sentenz selbst übertragen worden. S. darüber u. über die verschiedenen älteren Meinungen, *J. Gothofr.* ad L. 2 C. Th. cit., T. I, p 435 sq.

8) L. 2 C. ht.

9) L. 1 C. Th. ht. oder L. 3 C. eod. — L. 4 C. Th. eod.

10) L. 40 C. Th. de app. (11, 30).

10a) Angaben über das Detail der Formalitäten findet man bey Lydus de mag. III, 11.

11) L. 5 C. Th. ht.

die Eine bey unbedeutenden Sachen[12]), die andre bey bischöfflicher Gerichtsbarkeit[13]). — Uebrigens hat schon Constantin verordnet, daß der Richter das Endurtheil nicht eher aussprechen soll, als bevor er nach vollständig geschlossener Verhandlung die Parteyen gefragt habe, ob sie nichts weiter vorzubringen hätten?[14]). Nur hat Justinian in einer Novelle dafür gesorgt, daß dadurch nicht Eine Partey einseitig in den Stand gesezt werde, die endliche Entscheidung der Sache allzu lange hinzuhalten[15]).

Siebenter Abschnitt.
Gerichtliche Vertretung oder Unterstützung.

§. 154.
Einleitung.

Die Fähigkeit zu gerichtlicher Rechtsverfolgung, reus (Kläger oder Beklagter) zu seyn, wird in der ausgebildeten Kunstsprache durch legitima persona standi in judicio bezeichnet[1]). Sie fehlt gänzlich den Sclaven, zwischen und mit welchen ein Judicium null seyn würde, auch wenn ein Stellvertreter für sie gehandelt[2]). Daß ausnahmsweise Persecutionen gegen ihre Herrn zulässig geworden, davon war schon §. 88 die Rede[3]). Wer in fremdem jus stand, konnte vielleicht ursprünglich so wenig verklagt werden als klagen, indessen ist das Erstere wenigstens gegen Haussöhne

---

12) Nov. 17, c. 3. 13) Nov. 83 pr.

14) L. 1 C. Th. de judic. (2, 18). L. 9 C. de judic. (3, 1).

15) Nov. 115, c. 2.

1) C. qui legitimam personam standi in judicio habeant, vel non (3, 6).

2) L. 107 de R. J. — L. 44 §. 1 D. de jud. (5, 1). L. 6, 7 C. ht. L. 6 C. de jud. (3, 1).

3) L. 53 D. de jud.

Digitized by Google

in den Digesten unbedingt zulässig, das Andere nicht. Aber in factum actiones hat man den Hausſöhnen nach und nach gestattet, und am Ende auch die alten Civilklagen durch in factum formula auf sie ausgedehnt[4]). Frauen und Pupillen konnten eine legis actio oder ein legitimum judicium nur tutore auctore anstellen, weshalb ihnen zur Klage gegen ihren Tutor selbst kein bloßer Curator beygegeben werden konnte[5]). Bey den Frauen fiel das mit der Tutel in der Folge weg. Pupillen aber mußten zwar zu allen Zeiten durch einen Vormund prozessiren, wozu freylich zunächst ihr Tutor diente[6]). Allein es konnte auch ein Curator seyn, sobald das judicium nicht legitimum war, so daß man, als späterhin die legis actiones untergingen, und zwischen legitima und imperio continentia judicia nicht mehr unterschieden wurde, blos ad litem allerdings nur einen Curator bestellte[7]). Ferner auch adulti können, seit ausgebildeter cura minorum und nach kaiserlichen Rescripten, ohne venia aetatis nur mit Consens eines Curators prozessiren[8]). Bey den übrigen bevormundeten Personen kamen ebenfalls die allgemeinen Grundsätze über Vormundschaft in Betracht. Daß mit Peregrinen zu allen Zeiten prozessirt werden durfte, leidet keinen Zweifel, nur konnten freylich die alten Civilklagen blos als fictitiae von ihnen und gegen sie angestellt werden[9]). Endlich sollen zufolge eines Hadrianischen Rescripts die höhern Magistratus, solange ihr Imperium dauert, weder als Kläger noch als Beklagte in eigenen oder ihrer Mündel Angelegenheiten auftreten können[10]).

---

4) Bd. 1, S. 673 fgg. und Bd. 3 §. 54.

5) Gaj. I, 184. Ulp. XI, 24, 27. 6) L. 1, 2 C. ht.

7) §. 3 I. de auct. tut. (1, 21). L. 17 §. 1 D. de app. (49, 1).

8) L. 4 C. si adv. rem jud. (2, 27). L. 2 C. ht. L. 1 C. qui petant (5, 31). L. 10 C. de app. (7, 62). §. 2 I. de curat. (1, 23).

9) Arg. Gaj. IV, 37.

10) L. 48 de jud. (5, 1). L. 32 de inj. (47, 10)

Digitized by Google

I. Stellvertretung *).

§. 155.

Bey den legis actiones.

So lange noch blos durch legis actio prozeſſirt wurde, war in der Regel Stellvertretung unzuläſſig [1]), was mit den ſtrengen Grundſätzen über das in jus vocare (§. 108) in genauer Verbindung ſtand. Auch in der Folge iſt es Grundſaz geblieben: „nemo alieno nomine *lege agere* potest," auch wo die legis actio nur die Form für Rechtsgeſchäfte war [2]). Ausnahmen treten unſres Wiſſens ein, wenn „pro populo et libertatis causa" [3]), wenn pro tutela geklagt wurde, und wo nach einer lex Hostilia der Beſtohlene vertreten werden durfte [4]). Ueber das Leztere wiſſen wir nichts Näheres [5]), aber noch eine fünfte Ausnahme machte der „legis actor,"

*) Gaj. IV, 82—87. 97—101. Vat. fr. tit. de cognitorib. et procuratorib. §. 317—341. Paul. de cognitoribus I, 2, de procuratorib. I, 3. C. Th. de cognitorib. et procuratorib. (2, 12). Consult. c. 3. D. de procuratorib. (3, 3). C. de procuratorib. (2, 13). I. de iis, per quos agere possumus (4, 10). — *Noodt* ad tit. D. de proc. — *Dupont* ad Gaj. p. 112—120. Hollweg Verſ. nr. III. S. 138 fgg.

1) Gaj. IV, 82: — cum olim, quamdiu *solae* [ſo füllen *Klenze* ad leg. Servil. p. XII, not. 55), *Heffter* ad Gaj., Hollw. S. 142, Not. 3) die von Göſchen beſprochene Lücke aus] legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, etc.; denn pr. I. ht. (4, 10) heißt es ganz allgemein: cum olim in usu fuisset, alterius nomine *agere non posse*, nisi u. ſ. w.

2) Auf nicht ſtreitige Acte iſt Ulpians L. 123 de R. J., über welche zu vergleichen iſt Mühlenbr. Ceſſion, S. 35 fg. Not. 56), in Juſtinians Compilation auf jeden Fall zu beziehen.

3) So iſt wohl bey Gaj. l. c. zu leſen, der keine anderen Ausnahmen anführt. Pr. I. cit. heißt es: pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia etc.

4) Pr. I. cit.

5) Vgl. *H. G. Schmieder* (praes. *Chr. H. Breuning*) de lege Hostilia, Lips. 1778, 4.

welcher für Peregrinen repetundarum klagte, ſofern das wirklich durch eine wahre legis actio geſchah[6]). Per formulam konnte jedenfalls der Peregrine ſelbſt klagen[7]), und die Latinen konnten auch lege agere[8]). In den zwey zuerſt genannten Fällen iſt auch noch der den Verwandten bey der Vertretung zugeſtandene Vorzug zu erkennen[9]). Pro populo klagt, wer eine publica accusatio oder popularis actio anſtellt[10]), de libertate der assertor beym liberale judicium[11]), zu welcher Vertretung zunächſt die necessariae personae zugelaſſen wurden[12]), ſelbſt wider den Willen deſſen, der in possessione servitutis constitutus, und als necessariae ſelbſt Frauen und Soldaten, auch die Ehefrau, erſt zulezt extranei[13]), vor Allen aber der Vater, welcher ſein um die Freyheit ſtreitendes Kind inzwiſchen zu beſitzen den unbeſtrittenen Anſpruch hatte[14]). Es gehört aber wohl auch der vindex in dieſe Claſſe, der demjenigen, welchem manus injicirt worden, zunächſt die factiſche, und am Ende auch die juriſtiſche Freyheit ſichert (S. 128); es würde ſonſt noch eine fernere Ausnahme angenommen werden müſſen[15]). Durch

6) Cic. Div. in Caecil. c. 4, c. 16 f., c. 20. Vgl. lex Servilia, c. 4, 5, *Klenze* ibid. p. XII sq. u. c. 18, not. 8. c. 19, not. 1).

7) Gaj. IV, 37. 8) Cic. pro Caec. c. 35.

9) Klenze in Ztſchr. f. geſch. Rſw. Bd. 6, S. 40 fgg.

10) Ueber dieſe: L. 5 §. 5 D. de his qui effud. (9, 3) — — dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem, ei potissimum dari debere, cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit. Ueber die accusatio: Klenze a. a. O. S. 42—46.

11) S. ob. S. 109. Für den Formularprozeß: §. 66.

12) Liv. III, 46: ita vindicatur Virginia, *spondentibus propinquis.*

13) L. 1 §. 1, 2, L. 3 §. 1, 2, L. 6 D. de lib. caus. (40, 12).

14) Liv. III, 44, 45.

15) Daß der Vindex zugleich expromissor geweſen, wie ſich Hollw. a. a. O. ausdrückt, hebt die Ausnahme nicht auf; denn das iſt bey Foderungen jeder Stellvertreter, ſ. ob. §. 46 bey Not. 7) und §. 108, Not. 19).

„pro tutela“ scheint die Vertretung des regelmäßigen Tutors durch einen praetorius tutor (Bd. 1, S. 877) gemeint zu seyn, denn für den Pupillen war der Tutor nicht Vertreter, sondern nur auctor [16]).

§. 156.

Im Formularprozesse *). Einleitung.

Das Bedürfniß, welches die beweglichern formulae an die Stelle der starren legis actiones treten ließ, war auch der Stellvertretung günstig [1]), welcher die Formlosigkeit der einleitenden Verhandlung vor dem Prätor kein Hinderniß in den Weg legen konnte. Und da die das Judicium vorbereitende formula jeden Rechtsstreit in eine auf Geld gerichtete obligatio umgestaltet, so konnte dabey auch zugleich der Vertreter selbst, nach dem Vorbilde des alten Vindex (§. 155, Not. 15)), statt der ursprünglichen Partey als berechtigt oder verpflichtet erscheinen. In dieser Weise war im Formularprozesse die Stellvertretung unbeschränkt gestattet, eben weil sie bey dem Rechtsstreite selbst wie nicht vorhanden scheint, und so das alte Princip der Sache nach ver-

16) S. Gaj. I, 184. — Diese dem Ausdruck entsprechende Erklärung kömmt auch der des Theophilus am nächsten, es sey der Streit Mehrerer um eine Tutel gemeint. Darüber ist aber Theoph. sowohl von den älteren Auslegern getadelt worden (Jan. a Costa, Otto, Vinnius), welche die Nachricht wirklich nur von Vertretung des Pupillen verstehen, u. auf den dem pro tutela in dies. S. analogen Ausdruck des Mas. Sabinus bey Gell. V, 13 verweisen — als von den Neueren, *Hefftter* ad Gaj. IV, 32, Klenze, S. 48 fg. Dieser billigt eine Vermuthung Rudorffs, es sey die (quasi publica) accusatio suspecti tutoris gemeint, was dann aber nur mit der ersten Ausnahme zusammenfiele, zu welcher es schon *v. Hasselt* de legis actt. p. 108 gerechnet hatte.

*) *Hefftter* Obs. XIX.

1) Pr. I. ht. (4, 10): Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat: coeperunt homines per procuratores litigare, vgl. mit Gaj. IV, 82.

Digitized by Google

lassen und doch formell gewahrt werden konnte [2]). Denn die durch die Litiscontestation und hernach durch das Urtheil entstehende Obligation besteht nicht mit dem ursprünglichen dominus, sondern mit seinem Vertreter, dieser gilt jezt als litis dominus, s. §. 158, kann aber für diese Uebernahme einer fremden Sache dem ursprünglichen Kläger, oder umgekehrt der ursprünglich Beklagte seinem Vertreter, verantwortlich werden. Jenes s. g. dominium litis wird aber durch eine sehr einfache Fassung der formula begründet. Man stellt die intentio auf den wirklichen Inhaber des Rechtsstreits, die condemnatio auf seinen Vertreter. Also z. B. wenn Mevii nomine L. Titius klagt: *si paret Nm. Nm. Mevio dare op.* oder *rem Mevii esse, judex Nm. Nm.* Lucio Titio *condemna*, und wenn Mevii nomine L. Titius verklagt wird: *si paret Mevium Ao. Ao. dare op.* oder *rem Ai. Ai. esse* [3]), *judex* Lucium Titium *condemna* [4]). Natürlicher Weise mußten auch die Exceptionen des Beklagten seinem oder gegen des Gegners Vertreter zustehen, und so begründet werden, als wenn die Parteyen selbst prozessirten [5]), und da durch exceptio die condemnatio bedingt wird, so kömmt sie dem Vertreter des Beklagten schon von selbst zu gut [6]). Aber zweytens das Rechtsverhältniß zwischen dem ursprünglichen Inhaber der actio und seinem Vertreter kann ein verschiedenes seyn, je nach den Gründen, auf welchen die Uebernahme der Vertretung beruht. Sie beschränken sich jedoch im Allgemeinen auf Mandat oder negotiorum gestio,

2) Mühlenbr. Cession, S. 40 fgg. Hollw. S. 145 fgg. S. 157.

3) Denn „cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis judicio interveniat: tantum enim intenditur, rem actoris esse." Gaj. IV, 87.

4) Gaj. IV, 86, 87, 55 f., 35. Theoph. IV, 10 §. 2. L. 9 C. ht. (2, 13).

5) Vgl. L. 51 §. 1 D. ht. (3, 3).

6) Hollw. S. 148.

Digitized by Google

und ferner auch Tutoren und Curatoren können nur als bloße Stellvertreter mit Hülfe jener Formeln klagen oder verklagt werden (Bd. 1, S. 877), während in vielen anderen Verhältnissen keine Vertretung, sondern höchstens Ergänzung (durch tutoris auctoritas) zulässig war. Von der Bestellung eines Tutors oder Curators ist schon bey der Vormundschaft die Rede gewesen, es muß also noch der übrigen Vertreter[7]) und ihrer Entstehung gedacht werden, insbesondere der cognitores, procuratores und defensores.

§. 157.

Cognitoren und Procuratoren*).

Die ältesten[1]) Substituten im Prozesse per formulam waren die, welche man als Kenntnißnehmer einer fremden Sache[2]) cognitores nannte, was nicht nur aus der ganzen sehr eingeschränkten und formellen Weise ihrer Bestellung, bey welcher der dominus noch selbst handeln muß, erhellt, sondern insbesondere daraus, daß noch zu Cicero's Zeit „alteri nemo potest," nämlich „litem contestari, nisi qui cognitor est factus"[3]). Es scheinen also auch Tutoren und Curatoren, wie auf jeden Fall Procuratoren, erst späterhin

7) Gaj. IV, 82: (agere alieno nomine) veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio. — L. 6 §. 3 D. de conf. (42, 2).

*) *J. Gothofred.* ad L. 7 C. Th. ht. T. I, p. 173 sq. Die Noten bey *Schulting* ad Paul. I, 2, p. 221 sq. *Jo. D. Ritter* de cognitoribus, Lips. 1735 u. in praef. T. I C. Th. p. 11—14. *C. G. de Winkler* opuscc. min. Vol. I, p. 437—440. Hollweg, S. 165 fgg. *Al. Aug. de Buchholtz* Vatic. fragm. exc. III.

1) Hollw. S. 167 fgg. *Buchh.* p. 336 sq.

2) Gaj. IV, 83: si cognoverit —. (Ascon.) ad Cic. in Caec. c. 4: si — novit. Glossar. Isidori: „Cognitor a cognoscenda causa dictus." *Gronov.* de pecunia veteri, IV, 3. Blos auf diese Grundbedeutung [illegible]cht hieher bezieht sich (Ascon.) ad Cic. Verr. I, 5 u. Donat. ad Terent. Eunuch. IV, 7 v. 35, wonach bey Statusstreitigkeiten ein cognitor, d. h. der die Person kennt, zugezogen wird. Vgl. *Ritter* l. c. u. *Buchh.* p. 343 sq.

3) Cic. pro Rosc. C. c. 18 vgl. mit c. 11.

Digitized by Google

bey Rechtsſtreitigkeiten zu repräſentiren fähig geworden zu ſeyn [4]), wie denn auch die procuratores (ad litem) immer erſt hinter den Cognitoren genannt werden, und die Hauptſtellen des prätoriſchen Edicts auf den Cognitor gehen, und nur auf den Procurator ausgedehnt worden ſind [5]). Die Worte „ut major annis LX, et cui morbus causa est, cognitorem det“ ſcheinen einer alten lex entnommen, und alſo die Beſtellung eines Cognitors zunächſt in gewiſſen dringenden Fällen zuläſſig geworden zu ſeyn [6]), die aber zu Cicero's Zeit bereits in großem, wenn nicht ſchon unbeſchränktem Umfange Statt fand [7]). Die Ernennung des Cognitors war noch ganz ein feyerlicher Act des alten Civilrechts. Sie geſchah [8]) vom dominus perſönlich in Gegenwart des Gegners, und wie es ſcheint in jure [9]), wodurch alſo dieſer und der Magiſtrat zugleich davon unterrichtet werden, „certis verbis“ [10]),

4) Bey Cic. pro Caec. c. 20 ſind die Procuratoren das, was ſie zunächſt waren, allgemeine Geſchäftsführer der Abweſenden, welche wenigſtens noch nicht als beauftragt für einen beſtimmten Prozeß erſcheinen. Vgl. *Ed. Huschke* Exc. ad Cic. pro Tull. c. 17, in Anal. p. 283 sqq.

5) Vat. fr. §. 322 sq. 341. Bd. 1, §. 128 a. E. Schrader in der krit. Ztſchr. Bd. 1, H. 1, S. 177. Hollw. S. 168, Not. 52).

6) ad Her. II, 13; vgl. §. 1 f. I. ht.

7) Cic. pro Rosc. C. c. 11, 18, Verr. I, 6. II, 43. III, 60, auch pro Caec. c. 5, Catil. IV, 5; nur iſt nicht immer der cognitor in unſerem Sinne gemeint. S. auch Quinct. I. O. III, 6 und Decl. 361.

8) Vgl. Gaj. IV, 83. — Fest. v. cognitor. Isidor (ſ. *Buchh.* p. 337, not. 14)) u. die unvollſtändige Angabe bey Ascon. l. c.

9) Das ſagt zwar Gajus nicht ausdrücklich, aber es leidet doch wohl keinen Zweifel, und wird bezeugt durch Interpr. ad L. 7 C. Th. ht. in den Worten „praesente judice“, vgl. *Buchholtz*, p. 338, not. 17).

10) Gaj. IV, 83. IV, 97: — cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor etc. S. ſchon *J. Goth.* ad L. 7 C. Th. cit. u. *Ritter* l. c.; denn es deutet darauf die Bemerkung bey Paul. I, 3 §. 1, daß der Procurator nudis verbis beſtellt werden könne und §. 1 I. ht. Procurator *neque*

Digitized by Google

und zwar unbedingt [11]), und so, daß sich die substituirenden Parteyen einander selbst anredeten. So streng, wie bey den legis actiones, war man freylich bey dieser Formel nicht [12]), die bald auch in griechischer Sprache gefaßt seyn konnte [13]). Der datus cognitor selbst durfte (ob aber auch ursprünglich?) abwesend seyn [14]); zwischen ihm und dem dominus bestand ein bloßer (formloser) Mandatscontract [15]); erst durch freywillige Aufnahme des Antrags beginnt das Amt des Cognitors [16]). Fernere Gegenwart des dominus war nun nicht weiter erfoderlich [17]), immerhin aber war eine solche Substitution sehr unbequem, und für

certis verbis neque praesente adversario — constituitur, und bes. Thooph. ibid. S. *Buchh.* p. 339.

11) Vat. fr. §. 329. 12) Vat. fr. §. 318.

13) Vat. fr. §. 319.

14) Gaj. IV, 83 f., womit L. 1 §. 3 L. 2 D. ht. (3, 3), welche Stellen ursprünglich gewiß vom Cognitor sprachen, zu vergleichen. Aber Festus: „Cognitor est, qui litem alterius suscipit *coram eo, cui datus est*", u. Isidor. „Cognitor non nisi *praesens* a praesente praesenti datur." Hier lagen wohl alte Quellen zu Grunde, und selbst die innere Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß es sich erst späterhin geändert habe.

15) Wenn der Interpret zu L. 7 C. Th. cit. sagt: Cognitor est, *cui sine mandato* u. s. w., so meint er am Ende blos, es bedurfte keiner förmlichen Urkunde, wie sie wohl vom abwesenden dominus ausgestellt zu werden pflegte — oder er betrachtet die stillschweigende Zustimmung des bey der Bestellung gegenwärtigen Cognitors nicht als ein Bestelltwerden cum mandato. — Indessen sind dadurch frühere Ausleger irre geführt worden, s. *Buchh.* p. 344, not 64).

16) Gaj. IV, 83 f.

17) Cic. pro Rosc. C. c. 11. Horat. Sat. II, V. v. 37 sq. — *Heinecc.* Antiqq. IV, 10 §. 3. Dafür im Grunde auch Auct. ad Her. II, 13. Früherhin glaubte man oft, z. B. Winckler a. a. O., das Gegentheil weg. Ascon. l. c., u. Unterholzner zu Horaz a. a. O., erklärt von Heindorf, Bresl. 1815, S. 364 fg. geht auf der andern Seite zu weit. Unregelmäßig war das Verfahren, welches bey Cic. Verr. II, 43 sq. erwähnt wird. Vgl. überh. *Buchh.* p. 340—342.

Digitized by Google

den, welcher abweſend einen Rechtsſtreit beginnen mußte oder verklagt wurde, nicht einmal möglich. Hier grade ſcheinen auch zuerſt, wie Procuratoren überhaupt [18]), ſo auch die in litem conſtituirten Procuratoren zuläſſig geworden zu ſeyn [19]), zu deren Beſtellung nämlich das Mandat allein genügt, alſo weder die mündlichen Worte, noch die Gegenwart, noch ſelbſt die Kunde des Gegners, alſo auch nicht die perſönliche Zuſammenkunft mit demſelben nothwendig ſind [20]). Sowohl ad agendum, wie ad defendendum [21]) konnte der Procurator beſtellt werden, und, wenigſtens zu Gajus Zeit, in derſelben Allgemeinheit, wie der Cognitor. Nur muß freylich der, welcher ſich vertreten laſſen will, ein ihm eigenthümliches Klagrecht geltend machen, weshalb bey Popularklagen die Vertretung wegfällt, oder nur bey vorzugsweiſe eigenem Intereſſe causa cognita geſtattet wird [22]). Alle, welche kraft ihres Amtes einen Anderen repräſentiren, wie Tutoren, Curatoren und actores municipum [23]), fanden nun keine formelle Schwierigkeit mehr, dieſes auch in prozeſſualiſcher Hinſicht zu thun. Sogar wo weder Amt noch Auftrag legitimirte, als bloße negotiorum gestores, ſind gerichtliche Vertreter zugelaſſen worden, zunächſt und allgemein für den Beklagten, die eigentlichen defensores, aber ausnahmsweiſe auch für den Kläger (§. 160).

§. 158.

Das ſ. g. dominium litis *).

Auf die in §. 156 geſchilderte Weiſe, und folglich durch

18) Vgl. ob. Not. 4).

19) Fest. v. Cognitor (ſ. Not. 14) — „procurator autem absentis nomine auctor fit.“ Ascon. l. c. — Hollweg S. 168, Not. 53).

20) Gaj. IV, 84. §. 4 I. ht. Paul. I, 3 §. 1. L. 1 §. 1, 3, L. 2, L. 8 §. 1, 3. L. 15 pr. D. L. 17 C. ht.

21) L. 8 D. ht.

22) L. 42 pr., L. 45 §. 1 D. ht. L. 5 D. de pop. actt. (47, 23).

23) Vat. fr. §. 335.

*) Mühlenbr. Ceſſion, §. 6, 7. Hollweg, S. 153—164.

Digitized by Google

die Litiscontestation wird die fremde zu des Stellvertreters eigener Sache, und von nun an nur in seinem, nicht in des dominus Namen zu Ende geführt [1]). Es wird auf diese Weise jeder, welcher alieno nomine agit [2]), litis dominus [3]); freylich nur formell (quodammodo), wenn der wahre Zweck erreicht werden soll, aber es war doch eine Vermittelung dieses Zwecks mit dem alten Grundsatze gefunden, daß Niemand eine fremde Sache gerichtlich durchführen könne. Indessen konnte die L. C., wie überhaupt eine obligatorische Handlung, einen Dritten weder berechtigen noch verpflichten. Das aber ist ihrer Natur ganz gemäß, daß die durch sie begründete (directe oder indirecte) Novation zugleich, wie hier, eine solche seyn kann, bey welcher die Personen wechseln. Es muß aber nun die Wirkung in Betracht gezogen werden, welche diese L. C. I. auf den Stellvertreter und II. auf den ursprünglichen Inhaber der actio ausübt. — I. Das s. g. dominium litis entsteht dadurch, daß die condemnatio auf den Vertreter gestellt wird. Also muß die haupt-

1) L. 11 pr. de doli exc. (44, 4): Procurator agit, de dolo ejus excipi non debet, quia aliena lis est, isque rei extraneus etc. *Si post litem contestatam* dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in judicium admittenda sit, dubitari potest? *quia litiscontestatione res procuratoris fit, eamque suo jam quodammodo nomine exsequitur.* Et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est. Vgl. L. 4 §. 18 eod.

2) Gaj. IV, 86. S. L. 11 pr. cit. fin. Auch der Cognitor nicht schon vor der Lit.Cont., s. §. 159, Note 1).

3) L. 4 §. ult. D. de app. (49, 1): — procurator lite contestata dominus litis efficitur —. L. 22, 23 C. ht. (2, 13). Stimmführer einer älteren Ansicht, wonach durch Uebertragung des Klagrechts das agere alieno nomine möglich geworden und ein dominium litis entstanden sey, ist *J. H. Boehmer* de dominio litis, Hal. 1709 und 1738, 4. S. dageg. Hollw. S. 155 fgg., auch Mühlenbr. S. 43, Not. 73), S. 57, Not. 101). Der Ausdruck dominium litis kömmt gar nicht vor; in L. 7 C. Th. de cognit. ist *domino* nicht dominio zu lesen.

Digitized by Google

ſächlichſte Wirkung die ſeyn, daß auch das Urtheil den Vertreter trifft, und wirklich wird durch eine andere Faſſung die Sentenz ſogar ungültig [4]). Die judicati actio ſteht folglich dem oder gegen den Vertreter zu. Nothwendige Nebenfolgen ſind [5]), daß nach der L. C. die cognitoriae und procuratoriae wie andere exceptiones wegfallen [6]), daß ein anderer Vertreter, oder der dominus an deſſen Stelle, jezt nicht mehr durch bloße Revocation des Mandats, ſondern nur noch nach den Grundſäzen der judicii translatio eintreten kann [7]), daß unter mehreren Geſchäftsführern grade der dieſe Sache durchführt, welcher lis conteſtirt hat [8]), daß das Rechtsverhältniß durch den Tod des dominus keine Veränderung leidet [9]), aber auf die Erben des Vertreters übergeht [10]), und daß ſich der Vertreter höchſtens erſt nach der L. C. einen Subſtituten ernennen kann [11]). Bey dem cognitor oder procurator in rem suam [12]), wo die formula natürlicher Weiſe dieſelbe iſt [13]), kann dieſes dominium li-

4) L. 1 C. de sent. (7, 45), vgl. mit Vat. fr. §. 332, L. 61 D. ht. (3, 3).

5) Auch die Prozeßcautionen treffen den Vertreter, ſ. die folgg. §§. Ueber den zugeſchobenen Eid: L. 39 §. 1 D. ht.

6) Gaj. III, 124 vgl. mit 123. S. ob. §. 95.

7) S. §. 119 a. E. — Conſtantin hat gewiſſe Fälle beſtimmt, in welchen ſich der Procurator die Uebertragung des Prozeſſes auf den Prinzipal ſchlechterdings gefallen laſſen muß, L. 22 C. ht. (2, 13). — Mühlenbr. S. 48 fgg.

8) L. 32 D. ht.

9) L. 17 §. 1 D. ht. L. 1 C. Th. ht. (2, 12) oder L. 23 C. eod. Stirbt der dominus vor der Litisconteſtation, ſo iſt das Judicium null, L. 74 §. 2 D. de jud. (5, 1), dazu Keller, S. 351 fgg.

10) L. 1 f. C. Th. cit. Geändert durch L. 7 eod., weshalb auch in L. 23 C. cit. dieſer Saz weggelaſſen iſt.

11) L. 8 §. 3 mand. (17, 1). L. 4 §. 5 de app. (49, 1). L. 8, 11 C. ht. L. 1 C. Th. oder L. 23 C. ht.

12) Durch Ertheilung eines ſolchen mandatum actionis in gratiam mandatarii wurde die Uebertragung der Foderungsrechte bewirkt, von welcher hier nicht die Rede ſeyn kann.

13) S. auch Arg. Gaj. IV, 35 und Mühlenbr. S. 46,

Digitized by Google

tis auch gar kein practiſches Bedenken haben, wie es aber mit dem Zwecke bloßer Vertretung vereinbart worden, darüber ſ. die folgenden §§.

§. 159.

II. Einfluß auf die actio des und gegen den dominus*).

1. Zu ſeinem Nachtheil.

Durch den Cognitor deducirt der dominus ſelbſt in judicium, in Folge ſeiner feyerlichen Mitwirkung bey Beſtellung deſſelben, der Cognitor gilt inſofern als Eine Perſon mit dem dominus [1]). Dieſer hat nämlich jezt ſowenig mehr ein weiteres Klagrecht, als wenn er ſelbſt geklagt hätte, und eine cautio ratam rem dominum habiturum braucht nicht geleiſtet zu werden. Der Procurator nämlich (und überhaupt jeder andere Stellvertreter, Tutor und Curator) muß ſie leiſten, denn er repräſentirt den dominus nicht ſo vollſtändig, daß res domini in judicium deducirt würde; vielmehr behält der dominus ſeiner Seits ſein Klagrecht, und ſo muß alſo die Caution der Gefahr begegnen, „ne iterum reus de eadem re experiatur.“ So ſtand die Sache wenigſtens zu Gajus Zeit [2]). Ob der durch einen Cognitor repräſentirte

---

Not. 78). Auch die, als wenn actio mandirt wäre, gegebene Formel kann keine verſchiedene ſeyn. Es iſt eine utilis actio, welche ſich auch formell von der directa nicht unterſcheidet (§. 54 bey Not. 19)). Denn nur das Mandat wird fingirt, aber ſelbſt das vorhandene Mandat wurde nicht in die Formel aufgenommen, die Fiction liegt darin ſchon von ſelbſt, daß der Prätor die condemnatio auf einen Stellvertreter ſtellt, der nicht durch ein wirklich ertheiltes Mandat legitimirt iſt, indem dieſe Legitimation in ſolchem Falle gar nicht erwartet zu werden braucht.

*) Mühlenbr. Ceſſion S. 54 fgg., Prozeß, S. 116—120. Hollw. S. 164—239. Keller, S. 304—362.

1) Domini loco, ſagt Gaj. IV, 97. was in dieſer Verbindung nicht auf das (erſt mit der Lit.Cont. entſtehende) dominium litis bezogen werden darf. Dies thut Schrader in Heid. Jahrb. v. 1823, S. 18. Dageg. Mühlenbr. Ceſſ. S. 56 fgg.

2) Gaj. IV, 96—100. pr. §. 1 I. de satisdatt. (4, 11).

dominus ipso jure oder durch exceptio (rei in judicium deductae und rei judicatae) vom neuen Klagen abgehalten worden, das beruhte gewiß auf derſelben Unterſcheidung, nach welcher überhaupt L. C. und Urtheil auf die eine oder andere Weiſe wirkſam war [3]). Jene Caution [4]) aber mußte durch Bürgen geleiſtet werden, und die Worte des prätoriſchen Edicts, welche dieſe satisdatio dem auferlegen, der in eines Andern Namen eine actio poſtulirt (nur freylich nicht dem Cognitor, von welchem offenbar vorher die Rede geweſen), verpflichten einen ſolchen Stellvertreter, den dominus gegen andere Klagen auch zu vertheidigen [5]). Auch vom Vertreter des Beklagten wird die Caution gefodert, wenn die Gefahr nochmaliger Klage obwaltet [6]); die Sicherheit iſt freylich nur eine indirecte, indem der nochmals klagende dominus dem Stellvertreter für die committirte Caution verantwortlich iſt. — Auf der andern Seite mußte aber auch die eigentlich dem und gegen den Cognitor als *dominus litis* zuſtehende judicati actio nach dem obigen Grundſatze vielmehr dem und gegen den wahren dominus zuſtehen? Und das iſt denn auch, es ſcheint, im prätoriſchen Edicte ſelbſt, als Grundſaz anerkannt worden, daß nämlich mit Wirkſamkeit nur dem und gegen den dominus die judicati actio zuſteht, nicht dem oder gegen den Cognitor, er ſey denn in rem suam beſtellt, wo das Verhältniß das umgekehrte iſt, und alſo deutlich zeigt, daß eigentlich auf den Cognitor ſelbſt die judicati obligatio ſich bezieht, wie das beym Procu-

3) Arg. Julian L. 22 §. 8 D. ratam rem (46, 8), wo verus procurator offenbar für den urſprünglichen cognitor gebraucht worden, vgl. Hollweg S. 173 — 175. S. auch Keller, S. 346 — 348.

4) D. ratam rem haberi et de ratihabitione (46, 8). Vat. fr. §. 326, 333, 336. Gaj. in Not. 2). Tit. de satisdando, Paul. I, 11. C. 2, 57. I. de satisdationib. (4, 11). — Hollw. S. 183, S. 233 fg.

5) L. 33 §. 3 vgl. mit L. 39 §. 1 D. de proc.

6) L. 39 §. 5, 6, 7 D. eod.

rator und den übrigen Vertretern auch ohne Weiteres der Fall war[7]). Ueber die von dem Tutor und Curator dem Edicte zufolge zu leiſtende cautio de rato bemerkt ſchon Gajus: „aliquando illis satisdatio remittitur“[8]). Dann muß der Prätor freylich die nochmalige actio verſagen. Und ſo finden wir denn hier die erſten Spuren der bald nach Gajus eingetretenen durchgreifenderen Veränderung[9]). Denn zu Ulpians Zeit war die Befreyung des Tutors und Curators von der cautio rati bereits zur Regel geworden, „quia rem in judicium deducit,“ d. h. weil der Mündel ſelbſt an dieſe Litisconteſtation und darauf folgende res judicata gebunden iſt, es müßte denn ungewiß ſeyn, ob der adminiſtrirende Vormund gehandelt hat[10]). Daſſelbe galt zu derſelben Zeit vom praesentis, nicht vom absentis procurator, welcher Gegenſaz jezt als ein beſtimmter techniſcher hervortritt, mit der practiſchen Folge nämlich, daß jener cognitoris loco war (praesentis procuratorem pro cognitore haberi placuit), ſo daß er nicht de rato caviren mußte, und die judicati actio causa cognita dem oder gegen den dominus ſelbſt gegeben wurde, was um ſo mehr von der exc. rei in jud. ded. und judic. gelten mußte[11]). Praesentis procurator war aber wohl zunächſt derjenige, welchen der dominus durch perſönliche Einführung des Procurators vor Gericht, oder durch eine vom dominus ſelbſt zu Protocoll gegebene Vollmacht[12]) beſtellt hat, alſo im Grunde nur der blos nicht mit den alten Förmlichkeiten ernannte Cognitor ſelbſt. Aber da es ja über-

7) Vat. fr. §. 317. Paul. I, 2 §. 4. L. 7 C. Th. de cogn. mit Vat. fr. §. 331. Hollw. S. 175 fgg.

8) Gaj. IV, 99. Vgl. L. 1 §. 2, 3, L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

9) Hollw. S. 184 fgg. Keller, S. 306 fgg.

10) L. 23 D. de adm. tut. L. 13 C. eod. (5, 37). Hollw. S. 192 fg.

11) Papinian in Vat. fr. §317, 331.

12) „Apud acta a praesente domino“, Vat. fr. 317. Vgl. Paul. I, 3 §. 1.

Digitized by Google

haupt nur darauf ankam [13]), daß das Mandat gewiß und der Gegner davon unterrichtet war, weil ihm dann auch die Revocation angezeigt werden mußte, wenn sie für den schwebenden Prozeß wirksam seyn sollte, oder der Tod nicht unbekannt bleiben durfte: so begnügte man sich mit der Gegenwart des dominus am Gerichtsorte [14]), sofern nur auch dem Gegner die Gewißheit über die vollständige Legitimation verschafft wird [15]). So kann ein principi datus libellus der Satisdation entheben [16]), und in einer Stelle von Modestin wird man schon dann dem praesentis procurator gleich geachtet (*velut* praesentis procuratorem intervenire intelligendum est), wenn der Prinzipal dem Gegner brieflich die Bevollmächtigung und Zustimmung zu des Procurators Handlungen angezeigt hat [17]). In fast wörtlicher Uebereinstimmung mit dieser Stelle betrachtet Diocletian als „veluti praesentis procurator" denjenigen, „qui apud acta factus est agentis procurator" [18]), d. h. also, welcher die bey irgend einer obrigkeitlichen Behörde vom dominus zu Protocoll gegebene Bevollmächtigung auf beglaubte Weise beybringt, was wenigstens zu Justinians Zeit vorkam [19]). In den übrigen Fällen wird die Caution fortwährend [20])

13) Ueber das Folgende: *Brencmann* de Eurematicis, c. 2. Hollw. S. 197 fg.

14) L. 5, 6, 7 D. de proc. 15) Vat. fr. 333.

16) L. 21 D. ratam rem hab.

17) L. 65 D. de proc. 18) L. un. C. de satisd.

19) §. 3 I. vgl. mit Theoph. de satisd. Wäre früherhin eine solche Bevollmächtigung noch nicht vorgekommen, so müßten wir freylich an die Bevollmächtigung a *praesente* domino apud acta denken und Interpolation annehmen, veluti cognitor für veluti praesentis procurator, s. Hollw. S. 203 vgl. mit S. 200, was aber wenigstens bey L. 65 D. cit. und daher wohl auch hier nicht wahrscheinlich ist.

20) Papin. Vat. fr. §. 333. Absentis procuratorem satisdare debere u. s. f. Paulus in Consult. c. 3; und nicht nur Ulpian (L. 21 D. ratam rem), sondern selbst Modestin (L. 65 D. cit.) sind mit der Erlassung sehr vorsichtig, und selbst die Vormünder

gefodert[21]), oder konnte nur arbitrio magistratus erlassen werden. Ausnahmsweise mochte auch wohl schon zu oder selbst vor Gajus Zeit etwa doli, hin und wieder selbst judicati exceptio gegen den aufs Neue klagenden dominus gegeben worden seyn[22]), und zu Papinians und Ulpians Zeit war man so weit gekommen, daß jeder *verus* procurator, d. h. nicht nur im Gegensatze des falsus, sondern auch des negotiorum gestor, ja selbst daß dieser, sofern nur ratihabirt worden, und auch der Generalbevollmächtigte, und ebenso der Tutor, Curator und actor municipum, wenn sie auch der Sicherheit halber de rato satisdiren müssen, in judicium deduciren, also das Consumiren der ursprünglichen actio bewirken[23]).

§. 160.

2. Zum Vortheil des dominus.

Auch als der dominus durch die Prozeßführung des Repräsentanten noch nicht verpflichtet wurde, mußte doch das Gegentheil hinsichtlich der Berechtigung gelten. Denn die Repräsentation würde zwecklos gewesen seyn, wenn sie nicht dem dominus selbst die exc. rei in jud. ded. und rei judic. verschafft hätte, und es scheint also diese Folge der Litiscontestation mit dem Auftreten anderer Stellvertreter als

---

mußten zu Gajus Zeit noch in der Regel satisdiren. Daher muß L. 1 C. de proc., wonach schon Ant. Pius die Caution blos bey ungewisser Vollmacht, also in den seltenern Fällen, fodert, entweder interpolirt, oder gar nicht auf Prozeßführung zu beziehen seyn, s. Keller, S. 319 fgg., auch Hollw. S. 192. Auf jeden Fall ist das Arg. a contrario bey diesem Rescripte bedenklich, Mühlenbr. Proz. S. 120.

21) §. 3 I. vgl. mit pr. §. 2 de satisd.

22) Vgl. hier Julian L. 7 §. 2 D. de cur. fur. (27, 10) und dazu Keller, S. 335 fgg. auch S. 323.

23) L. 11 §. 7 D. de exc. rei jud. (44, 2). L. 56 de jud. L. 27, 66 de proc. L. 17 §. 2 de jurejur. (12, 2). L. 22, 23 de adm. tut. (26, 7). L. 1 C. quib. res jud. n. n. (7, 56).

Digitized by Google

der Cognitoren (durch welche ohnehin der dominus ſelbſt handelt) gleichen Schritt gehalten zu haben [1]); wie denn ſchon Pomponius ſagt: „solutione vel *judicium pro nobis accipiendo* et inviti et ignorantes liberari possumus“ [2]). Aber nicht blos der Beklagte wird durch die Perſon eines bloßen Defenſors ipso jure oder durch exceptio frey [3]), ſondern auch der Kläger kann ſich auf die Prozeßführung ſeines Stellvertreters berufen, ſelbſt des falsus procurator und des negotiorum gestor, wenn er ratihabirt, wodurch er denn freylich nach neuerem Recht wie durch ein wirkliches Mandat auch zu ſeinem Nachtheile gebunden iſt [4]). Da jeder Rechtsſtreit auf jeden Fall für die auftretenden Parteyen obligirend wirkt, alſo auch mangelnde Vollmacht keine vollſtändige Nullität erzeugt, ſo konnten negotiorum gestores zugelaſſen werden. Für den Beklagten iſt dieſe defensio, welche ſogar ſchon zu Cicero's Zeit, bevor es ſpeciell bevollmächtigte procuratores ad litem gegeben, von einem allgemeinen Geſchäftsführer beſorgt werden konnte und ſollte [5]), um ſeines Intereſſe und des Bedürfniſſes halber, beſonders und zunächſt absente domino, unbedingt geſtattet worden [6]); nur mußte der Defenſor in den ſeltenen Fällen, wo

---

1) Hollweg, S. 208 fgg., auch Keller, S. 349 fgg., S. 359 fgg.

2) L. 23 D. de sol. (46, 3).

3) L. 11 §. 7 de exc. rei jud. (44, 2). L. 10 §. 1 de in rem vers. (15, 3). Es iſt alſo liberirende Interceſſion, z. B. L. 2 § 5, L. 3 D. ad Sct. Vell. (16, 1), und „fit delegatio l. per stipulationum l. per litiscontestationem“, L. 11 de nov. (46, 2).

4) L. 56 de jud. (5, 1): Si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. — L. 27 pr. D. de proc. L. 1 C. quib. res jud. n. n. (7, 56). — L. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. — Ueber L. 14 C. de proc. ſ. Hollw. S. 216.

5) Cic. or. pro Quintio.

6) L. 33 §. 2 D. de proc. L. 1 de neg. gest. (3, 5). L. 12 C. de proc.

der dominus das Urtheil anfechten konnte, de rato caviren[7]). Daß gegen cautio rati auch für den Kläger ein negotiorum gestor zuzulassen sey, das ist bereits zu Gajus Zeit von manchen Juristen vertheidigt worden, wie denn auch der Beweis des Mandats nicht sogleich zu Anfang des Prozesses gefodert worden zu seyn scheint[8]). Indessen ist es doch herrschendere Ansicht geblieben, daß dem bloßen negotiorum gestor in der Regel nicht die actio Namens des dominus gegeben werden könne, zumal seitdem man hinsichtlich der Verpflichtung des dominus auf den Beweis eines wirklichen Mandats gesehen hat[9]). Nur wo ein näheres persönliches Verhältniß[10]) oder gemeinschaftliches Interesse eintrat, ließ man gegen cautio rati auch den bloßen negotiorum gestor zu (s. g. mandatum praesumtum)[11]). Auf jeden Fall aber wird durch L. C. mit einem falsus procurator oder mit einem negotiorum gestor ein an sich gültiges judicium begründet, wenn es sich auch bey mangelnder Ratihabition auflösen kann; von Amtswegen war keineswegs die Vollmacht zu prüfen[12]).

§. 161.

Judicati actio und cautio.

Auch die judicati actio[1]) dem und gegen den dominus zu geben, wenn schon der Vertreter kein Cognitor, und nur nicht in rem suam bestellt war (s. Not. 12)), mußte wünschenswerth seyn. Dem dominus die *exceptio* zu geben, war gleich anfangs nöthig, bey der *actio* war es nicht so

7) S. §. 159, Not. 6). 8) Gaj. IV, 84.

9) Julian L. 6 §. 12, Ulp. L. 8 pr. D. de neg. gest. Paul. L. 5 §. 4 de pr. verb. (19, 5). S. Hollw. S. 219 fgg.

10) Klenze in Ztschr. f. gesch. Rw. Bd. 6, S. 51.

11) L. 35 pr. L. 40 §. 4, L. 41 D. de proc. L. 8 pr. vgl. mit L. 6 §. ult. L. 31 §. 6 de neg. gest. L. 3 §. 3 D. jud. solv. (46, 7). L. 12, 21 C. de proc.

12) Nähere Ausführung bey Hollw. S. 222—225.

1) Hollw. S. 225—232.

Digitized by Google

dringend. Denn als Mandatar oder als negotiorum gestor war der Vertreter zur Ceſſion genöthigt[2]). Daher war der Gang der Entwicklung hier ſowohl zum Vortheil als zum Nachtheil des dominus derſelbe, im Ganzen aber der, welcher in §. 159 für die exceptio nachgewieſen worden. Das prätoriſche Edict hat nur beym Cognitor, nicht beym Procurator, die judicati actio dem und gegen den dominus geſtattet[3]). Gegenſeitiger Erſaz des Gewinns und der Auslagen trat freylich ein[4]). Aber ein weiterer Fortſchritt war es, die judicati actio unmittelbar, nämlich utiliter activ und paſſiv zu geben, und die directe zu verſagen[5]). Beym praesentis procurator war das zu Papinians Zeit der Fall, nämlich causa cognita, alſo nicht, wie beym cognitor, zufolge allgemeiner Vorſchrift, beym absentis procurator aber nicht[6]). In der Folge war auch die causae cognitio nicht nöthig[7]). Die Uebertragung der von und gegen die Vormünder erworbenen judicati actio auf die Pflegbefohlenen geſchah wohl ſchon frühe[8]). Dem actor municipum hat vielleicht das Edict ſelbſt die judicati actio verſagt, alſo den

2) L. 8 §. ult. L. 45 pr. §. 5 D. mand. (17, 1). L. 49 §. 2 de poss. (41, 2).

3) Vat. fr. 317. Paul. I, 2 §. 4.

4) L. 46 §. 4, 5, L. 31 pr. D. de proc. Auch die judicati actio mußte der dominus dem Beklagten abnehmen, L. 45 pr. — §. 5 D. mand.

5) S. Not. 11) und 12).

6) Vat. fr. §. 331, 332.

7) Wenigſtens ſagt L. 7 C. Th. de cogn.: si cognitor *vel praesentis procurator* usus fuerit — judicati actionem *sine ulla cunctatione* in dominum dari vel domino. Vgl. Arg. L. 79 D. de V. O. (45, 1).

8) L. ult. D. si quis caut. (2, 11). L. 2 pr. de adm. tut. (26, 7). L. 5 pr. §. 1, L. 6, 7 D. quando ex fact. tut. (26, 9). L. 1 C. eod. (5, 39). L. 4 §. 1 D. de re jud. Tutor quoque vel curator in ea conditione sunt, ut non videantur videri se liti obtulisse: idcircoque debet denegari in eos judicati actio, ſ. Not. 12).

Municipien unmittelbar gegeben, wie beym Cognitor [9]), sowie sie denn auch nicht gegen den actor gegeben wurde [10]). Aus der Prozeßführung des Defensors entstand gegen den dominus keine judicati actio, wiewohl übrigens in der Folge, wenigstens im Justinianeischen Rechte, zwischen verschiedenen Procuratoren nicht unterschieden wurde, sondern die Uebertragung der judicati actio nur von causae cognitio abhängig blieb [11]), und beym Procurator des Beklagten nicht blos wenn er es in rem suam war, sondern auch si se obtulit, d. h. wenn er sich auf irgend eine Weise zum Selbstschuldner machen wollte, wegfiel, so daß die judicati a. dann fortwährend gegen ihn selbst gerichtet war [12]). Den Erfolg der judicati actio sichert cautio judicatum solvi [13]). Vom Beklagten, welcher sich selbst vertheidigt, kann der Kläger in der Regel keine größere Sicherheit verlangen, als er vorher hatte; wo hier aus besonderm Grunde diese cautio dennoch bestellt werden muß, da ist an seinem Ort davon zu sprechen [14]). Aber im Falle der Stellvertretung muß die cautio allerdings [15]), und zwar als satisdatio, beym Cogni-

9) L. 6 §. 3 quod cujusc. univ. (3, 4).

10) L. 4 §. 2 D. de re jud. mit L. 5. §. 9 de const. pec. (13, 5).

11) Vgl. hinsichtlich des Klägers die wohl interpolirte L. 28 D. de proc., ferner L. 86 de sol. (46, 3), mit L. 5 D. de stip praet. (46, 5), L. 18 §. 16 de damn. inf. (39, 2), hinf. des Beklagten die folg. Note, u. überh. Hollw. S. 229—232.

12) L. 4 pr. D. de re jud. Si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur: si se obtulit in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur non is, qui in rem suam procurator datus sit: nam hic alia ratione judicati actionem recusare non potest etc. L. 28 f. L. 31. L. 61 D. de proc.

13) D. judicatum solvi (46, 7). — *Cujac.* X, 29. — Hollw. S. 234 fgg.

14) Zusammengestellt sind die Fälle bey Gaj. IV, 102. Im Just. Recht wurde diese Caution nur noch alieno nomine gestellt, pr. §. 1, 2, 3 I. de satisd. (4, 11).

15) Daher mit Unrecht „negat Alphenus", bey Cic. pro Quinct.

tor vom dominus ſelbſt, weil gegen ihn die judicati actio gerichtet iſt, ſonſt vom Vertreter beſtellt werden[16]; ſo daß es allgemeiner Grundſaz war: „nemo defensor idoneus sine satisdatione esse creditur“[17]. Auch kann man in die Lage kommen, dieſe Caution ſammt der cautio rati zu beſtellen[18]. Der Inhalt der judicatum solvi stipulatio iſt ein dreyfacher. Die tres clausulae ſind: de re defendenda, de judicato solvendo und de dolo malo[19]. Vielleicht war ſchon früher[20] als unter Juſtinian der praesentis procurator auch hier wie der cognitor behandelt, d. h. der dominus ſelbſt zu ſatisdiren genöthigt worden[21]; der procurator absentis, wenn auch apud acta beſtellt, mußte freylich immer ſelbſt cavi-ren[22]. Inſofern aber dieſe Caution der L. C. vorausging, ſo hat denjenigen Vertreter, für welchen der dominus ſelbſt bereits cavirt hatte, ein prätoriſches Edict zur Uebernahme der Klage, alſo zur Ausführung des Auftrags genöthigt[23],

---

c. 6. 7 fin., „aequum esse procuratorem satisdare (judicat. solvi), quod reus satisdare non deberet, si ipse adesset.“

16) Gaj. IV, 101. Vat. fr. §. 317. Daſſelbe ſtand auch in L. 10 D. jud. solvi, wo jezt im Vorderſaze procurator für cognitor zu leſen iſt.

17) Gaj. l. c. u. §. 90. §. 1, 5 I. de satisd. L. 46 §. 2 D. de proc. — L. 110 §. 1, L. 166 D. de R. J. Recte defendere heißt cum satisdatione, L. 63 de jud. L. 53 de proc. L. 2 §. 3 quib. ex caus. (42, 4), L. 5 §. 3 jud. solvi. — Quae satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiam si apud acta procurator constituatur, D. Severus constituerit, Vat. fr. §. 317. Vgl. L. un. C. de satisd.

18) L. 40 §. 2 D. de proc. L. 6 ratam rem hab.

19) L. 5 §. 2, L. 6, L. 13 pr. L. 17, 19, 21 D. jud. solvi.

20) Doch noch nicht zu Papinians Zeit, Vat. fr. §. 317.

21) §. 4 I. de satisd. vgl. mit L. 8 §. 3, L. 15 pr. L. 46 pr. de proc.

22) §. 5 I. eod. L. 39 §. 6, L. 40 §. 2 D. de proc. L. un. C. de satisd.

23) L. 8 §. 3 D. de proc. (wo procurator ſtatt cognitor). Vgl. L. 9 — L. 15 pr. D. L. 6 C. eod.

Digitized by Google

so wie umgekehrt an die Stelle des Procurators, welcher bereits cavirt hatte, der dominus schon von da an, nur aber causa cognita, treten konnte[24]).

§. 162.
Neueres Recht.

Ueber die Stellvertretung bey den extraordinariae actiones haben wir keine Nachrichten. Nichts stand im Wege, auch dazu Cognitoren oder Procuratoren zu ernennen, oder dabey als negotiorum gestor aufzutreten. Auf die Vertreter selbst konnte freylich der Prozeß nicht durch eine Litiscontestation, sondern nur durch die Caution übergehen, und so mag die Sache im Ganzen unserer Bevollmächtigung näher gekommen seyn. Dagegen bey den ordinariae actiones ist auch nach untergegangener judicis datio im Ganzen der Rechtszustand geblieben, welchen wir im spätern Pandektenrechte angetroffen haben, nur mit einigen Veränderungen, die dabey schon gelegentlich mit angegeben werden mußten, wie z. B. daß das dominium litis nach der §. 158 Not. 10) gedachten Verordnung mit des Vertreters Tod erlischt und wieder auf den ursprünglichen dominus litis zurückfällt. Namentlich sprechen aber für die Fortdauer des dominium litis selbst noch Stellen aus der spätern Zeit, und was beym Cognitor Besonderes galt, das findet sich übertragen auf den praesentis oder auch auf den absentis apud acta procurator. Nur der Cognitor selbst, welcher noch in einer Valentinianischen Constitution wenigstens genannt wird[1]), kömmt in Justinians Compilation nicht mehr vor, wo die Beziehungen darauf durch Interpolation getilgt sind[2]). Nämlich

---

24) L. 64 D. de proc. L. 1 §. 2 D. quib. mod. pign. (20, 6), vgl. mit L. 43 §. 6, L. 44, 45 pr. L. 76 D. de proc.

1) L. 7 C. Th. de cogn., wo durch die Worte: si cognitor vel praesens procurator wohl nur ausgedrückt werden sollte: der alte Cognitor sey der jetzige praesens procurator.

2) Bald ist praesens oder verus procurator, bald auch pro-

Digitized by Google

nicht als wenn ein Cognitor nicht hätte bestellt werden können, aber es unterblieb allmälig von selbst, da der mit minderen Umständlichkeiten bestellte praesentis procurator, oder wer ihm gleich stand, denselben Dienst that [3]). Ein solcher wird von jedem andern Procurator zwar auch nicht mehr in dem ganzen Umfange, wie vorher, aber doch allerdings noch unterschieden [4]). Daß im Anfange des Prozesses die Vollmacht geprüft, und mit einem falsus procurator das Judicium gar nicht soll bestehen können [5]), zeigt freylich, wenn diese Verfügung wörtlich zu verstehen ist, daß man sich in das alte System doch nicht ganz hat finden können [6]). — In einer Constitution von Zeno ist auch von öffentlichen Procuratoren bey den verschiedenen Gerichten die Rede [7]).

§. 163.

Fähigkeit zur Vertretung.

Da der gerichtliche Vertreter aus der Person des dominus die intentio nimmt, so muß dieser jedenfalls selbst zum intendere fähig seyn, und übrigens ein eigenes Interesse haben. Mehr wird auf Seiten des dominus im Allgemeinen nicht gefodert [1]). Auf der andern Seite versteht es sich von selbst, daß nur der Stellvertreter seyn kann, dem es nicht an der juristischen, s. §. 154, oder schon an der

---

curator schlechtweg dafür gesezt; die Interpolation bald mit mehr, bald mit weniger Geschick gemacht.

3) S. Not. 1).

4) S. §. 161 a. E. und L. 67 D. de proc. vgl. mit Vat. fr. §. 328 u. 332. u andrerseits L. 5—7, L. 65 D. de proc. L. 79 de V. O. L. un. C. de satisd. Vgl. Keller, S. 329.

5) L. 3 C. Th. de cogn. od. L. 24 C. de proc.

6) S. Hollw. S. 224 fg.

7) L. 27 C. de proc., restit. aus den Basiliken.

1) L. 33 pr. D. de proc. L. 8 pr. eod. L. 15 pr. D. ex quib. causs. maj. (4, 6). Eine Frau konnte einen Cognitor wohl nur tutore auctore bestellen, was beym Procurator nicht nöthig war, Vat. fr. §. 325, 326 f., 327. S. Bd. 1, §. 245.

Digitized by Google

natürlichen Fähigkeit, gerichtlich aufzutreten, fehlt[2]). Auch Frauen mußten keineswegs vertreten werden[3]). Aber die Sitte verbot ihnen, wenigstens für Andere als Vertreter aufzutreten, welche in das prätorische Edict aufgenommene Regel aber allerdings Ausnahmen leidet, wenn sie ein mandatum in rem suam erhielten[4]), oder sonst causa cognita[5]). Ueberhaupt hat das prätorische Edict theils manchen Personen, nicht per cognitorem zu prozessiren, theils manchen nicht eine cognitura zu übernehmen gestattet[6]), was dann auch auf Procuratoren bezogen worden ist (§. 157, Not. 5)). Dahin gehören in beyder Hinsicht infames[7]), bis es Justinian aufgehoben hat[8]), und ferner kann ein miles in der Regel nicht Vertreter seyn[9]), d. h. es werden in solchen Fällen cognitoriae oder procuratoriae exceptiones gegeben[10]).

---

2) L. 43 pr. L. 54 pr. D. de proc. L. 2 §. 1 de R. J. L. 6 C. de jud. (3, 1). — L. 51 pr. D. de proc. L. 1 C. eod. Vgl. auch L. 8 pr. D. de proc. L. 9 de his qui sui.

3) Daraus, daß sie in tutela standen, folgt nicht, daß ihr Tutor sie in lite vertrat, denn er konnte nur auctoriren, Bd. 1, §. 243 im Anf. Es wird auch bey den legis actiones einer solchen Ausnahme nicht gedacht (§. 155), und daß sich Frauen von der ältesten Zeit bis auf die späteste vor Gericht persönlich einfinden mußten, wenn sie keinen Defensor fanden, das ergibt sich aus §. 111, Not. 16) u. L. 1 C. de off. div. jud. (1, 48). Dirksen, Beyträge, S. 241.

4) L. 2 D. de R. J. L. 54 D. L 4, 18 C. de proc. §. ult. I. de exc (4, 13). Paul. I, 2 §. 2.

5) L. 41 D. de proc. L. 3 §. 2 D. de lib. caus. (40, 12). — L. 1 §. 1 D. de app. rec. (49, 5).

6) Gaj. IV, 124. Vat. fr. §. 323. Quinct. I. O. III, 6 §. 71.

7) S. Bd. 1, §. 128 a. E.

8) §. ult. I. u. Th. de exc. (4, 13).

9) L. 8 §. 2, L. 54 D. L. 7, 8. L. 13 C. de proc. L. 5 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6), §. ult. I. cit.

10) Gaj. l. c. L. 2 §. 4 D. de exc. L. 6 D. de o. n. n. (39, 1). L. 23 D. ratam rem (46, 8). §. ult. I. cit. War also die Einwendung nicht bey der Litiscontestation gemacht worden, so fällt sie weg, L. 8 §. 2. L. 13 C. de proc.

Digitized by Google

Unter den Kaisern haben einzelne Verordnungen dem Mißbrauch entgegengearbeitet, durch Vorschieben von potentiores, welchen man das dominium litis zukommen läßt, den Schuldner zu drücken[11]. Unter den christlichen Kaisern ist auch gewissen angesehenen Personen verboten worden, selbst aufzutreten, sie müssen Procuratoren stellen[12], und daß Geistliche sich nicht zur gerichtlichen Vertretung sollen brauchen lassen, verordnet Justinian[13].

§. 164.

II. Intervention*).

Intervenire ist der gewöhnliche Ausdruck zur Bezeichnung eines jeden Bey- oder Eintritts in jeden fremden Prozeß, wie z. B. der bisher geschilderte von Seiten eines Stellvertreters[1]. Hier aber handelt es sich noch um die Frage, ob und inwiefern ein Dritter, nicht in des Principals Namen, in einen schwebenden Prozeß eingreifen dürfe oder müsse? Darüber finden wir nämlich erst bey den classischen Juristen eine durch die Doctrin erzeugte und einfache Theorie. Ausgehend davon, daß res judicata keinem Dritten präjudiciren dürfe, mußten sie doch aufmerksam werden auf den Fall, daß Jemand, unterrichtet davon, daß eine Entscheidung bevorsteht, welche implicite auch sein Recht betrifft, dennoch an dem Prozesse nicht Theil nimmt, und nachher unbekümmert um das Judicat, den Prozeß für sich aufs Neue führt. Leitet ein solcher nun sein Recht von Ei-

11) C. ne fiscus l. respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet (2, 18). C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare, *vel actiones in se transferre* (2, 14), was gar nicht blos von wirklicher Cession, d. h. von einem Mandate zum Vortheile des Mandatars verstanden werden muß. S. übrigens §. 166 u. Mühlenbr. Cession, S. 346 fgg.

12) L. 25 C. de proc. 13) Nov. 112, c. 6

*) Hefftter, Instit. S. 530—535.

1) *Brisson.* v. Intervenire. *J. Gothofr.* ad L. 5 C. Th. de cognit. *Buchholtz* ad Vat. fr. p. 342.

nem der Litiganten ab, so soll er dazwischen treten, d. h. mit seinem auctor gemeinschaftliche Sache machen, oder auch nur um seiner selbst willen wenigstens Appellation einlegen, also noch dadurch interveniren — widrigenfalls trifft auch ihn das Judicat. Sind aber die beyderseitigen Verhältnisse von einander unabhängig, wie zwischen Miterben, so kann er interveniren[2]). Desgleichen können es, nach Rescripten von Pius und von den *D. fratres*, die Legatare und freygelassenen Sclaven in den Fällen, wo das Testament in contumaciam oder wegen Collusion oder Nachlässigkeit von Seiten des Testamentserben für null erklärt worden[3]). Ob sie etwa im Fall der scientia intercediren mußten, z. B. durch Appellation, wird nicht gesagt. Außerdem gestattet noch Justinian dem Legatar wegen seines Interesse dem Erben beyzutreten, welcher über das zweifelhafte Eigenthum der legirten Sache streitet[4]). Daß übrigens derselbe Beklagte wegen derselben Sache auch von einem andern Kläger, es sey gleichzeitig oder späterhin, in Anspruch genommen werden kann, wo denn beyde Prozesse neben einander gehen, es sey vor demselben Judex (§. 11) oder nicht, das kann nicht Intervention genannt werden, wenigstens hat es nach römischen Grundsätzen nichts Besonderes, wenn auch entweder der dem einen Kläger verurtheilte Beklagte nur gegen Caution auf den Fall, daß auch der andere Kläger siegen würde, zu erfüllen braucht[5]), oder die Verhältnisse so sind, daß occupantis, d. h. dessen, der zuerst die Sentenz ausgewirkt hat, melior est conditio[6]).

---

2) L. 63 D. de exc. rei jud. (44, 2), vgl. mit L. 4 §. 2 sqq. L. 5 pr. D. de app. (49, 1) u. dazu Keller, S. 368 fgg.

3) L. 14 D. de app. L. 29 pr. de inoff. test. (5, 2). S. §. 140.

4) Nov. 112, c. 1.

5) L. 57 de her. pet. (5, 3). L. 57 de R. V. (6, 1). Glück Comm. Bd. 8, S. 226 fg. Not. 56).

6) L. 14 pr. D. de N. A. (9, 4). L. 10 de pec. (15, 1).

§. 165.
III. Sachwalter *).

Von den Stellvertretern als solchen verschieden waren einerseits die advocati, welche die Parteyen in jure durch ihre Rechtskenntniß unterstüzten, und andrerseits die patroni oder die Redner, diejenigen, welche für ihre Clienten in judicio plaidirten [1]). Zur Zeit, als noch die ausgezeichneten Rechtsgelehrten in practischer Hülfsleistung ihre Ehre suchten, da traten sie, herbeygerufen (advocati), den Parteyen rathend zur Seite, oder postulirten statt derselben, wogegen zum causas orare, oder orare, perorare schlechtweg, Rechtskenntniß nicht unbedingt nothwendig war [2]). In der Folge, und wohl alsbald unter den Kaisern, wurde jene Art der Hülfsleistung, das patrocinium oder advocationem praebere [3]), ein Geschäft, welchem bestimmte Personen sich widmeten. Die Verbindung der Advocatur mit der gerichtlichen Vertheidigung, welche späterhin auf jeden Fall Statt hatte, war, noch während des Formularprozesses, auf keinen Fall eine durchgreifende geworden [4]). Die Ausdrücke advocati und patroni, die in der Folge synonym geworden, dienten alsdann zur Bezeichnung eines bestimmten Standes,

---

*) Tit. de postulando D. 2, 1. C. 2, 6. C. Th. 2, 10. — C. de advocatis diversorum judiciorum (2, 7), wozu wohl der gewöhnlich unter der Rubr. de adv. div. judicum (2, 8) geschiedene Titel noch gehört, wie auch nach vielen Hdschriften der Fall ist. — Nov. Theod. II. lib. I. tit. 10 de postulando et do perpetuanda advocatione.

1) Ascon. ad Cic. Div. in Caecil. c. 4.

2) Vgl. was Bd. 1, §. 77 über Cicero gesagt wird. — L. 2 §. 43 D. de O. J.

3) L. 1 §. 11 D. de extr. cogn. (50, 13). *Brisson.* vv. Advocatio, Patrocinium.

4) Das beweist die Not. 1) cit. Stelle, ferner Aur. Victor, ars rhet. c. 25: „— frequenter *oratores* urgentur ab advocatis, a litigatoribus, ut quod sit inutile ingerant."

Digitized by Google

der nach und nach ein sehr geehrter wurde, ausgezeichnet durch Beynamen, wie disertissimi, oder in späterer Zeit, durch den auf ihre Amtskleidung hinweisenden Ausdruck togati. Causidici wurden sie frühe schon genannt[5]). Ueber die Zulassung zum Postuliren, sowohl für sich als für Andere, hatte der Prätor ein Edict erlassen[6]), von welchem schon andern Orts die Rede war (Bd. 1, Seite 463), weshalb hier nur noch soviel zu bemerken ist, daß darnach gar nicht postuliren konnte, wer noch nicht 17 Jahr alt war[7]), und daß auch Frauen nicht für Andere postuliren durften, wozu aber erst die Unverschämtheit einer *G. Afrania* gegen das Jahr 705 Veranlassung gegeben haben soll[8]). In Bezug auf diejenigen, welche auch nicht für sich postuliren konnten, erklärt der Prätor: „si non habebunt advocatum, ego dabo," wie er auch sonst that, wenn Jemand keinen Advocaten haben konnte[9]). Denn bey der Strenge des Formularprozesses war rechtsgelehrte Unterstützung unentbehrlich, so daß advocatio oft in jure erbeten wurde[10]). Unter den christlichen Kaisern ist eine ausdrückliche Verordnung darüber ergangen, daß die judices dafür sorgen sollten, daß beyde Theile von gleich guten Anwälten vertheidigt würden, und ist den Advocaten die Annahme des Auftrags zur Pflicht gemacht worden[11]). Berechtigt zur Advocatur war freylich Jeder, welcher postuliren durfte, jedoch nach den Beschränkungen des Edicts. Ferner konnte schon nach Pandektenrechte ein Decurio nicht gegen seine civitas als Advocat gebraucht werden[12]). Auch hatten die Magistrate damals schon das

---

5) S. *Brisson.* vv. citt.

6) Dazu *Bynkersh.* Obss. IV, c. 11, 12.

7) L. 1 §. 3 D. de postul. (3, 1).

8) L. 1 §. 5 D. eod. mit Val. Max. VIII, 3, auch L. 2 D. de R. J.

9) L. 1 §. 4 eod. L. 9 §. 5 de off. proc. (1, 16).

10) *Brisson.* de form. V, 4. 11) L. 7 C. ht. (2, 6).

12) L. 10 §. 1 D. ht. L. 2 C. de adv. div. jud. (2, 7).

Recht, Jemanden die Advocatur auf immer oder, was gewöhnlicher war, temporär zu untersagen, welches Verbot sich aber der Zeit und dem Territorium nach nicht über den Umfang seiner Competenz erstrecken kann [13]). Unter den christlichen Kaisern ist verordnet worden, daß man in einer und derselben Sache nicht Advocat und Judex [14]), und von Justinian, daß man nicht zugleich Assessor und Advocat bey demselben Gerichte seyn könne [15]). — Die von dem Advocaten in Gegenwart seiner Partey gemachten Anträge gelten als von ihr selbst ausgegangen [16]). Indessen sollte den Parteyen der Irrthum der Advocaten nach kaiserlichen Constitutionen nicht schaden, sofern sie nämlich auf der Stelle dagegen protestiren [17]). — Einen besondern advocatus oder patronus fisci hat Hadrian ernannt [18]). Gegen die Zeit der christlichen Kaiser hin findet sich bereits bey den höhern Gerichten eine bestimmte Anzahl von Advocaten förmlich angestellt, woraus aber nicht hervorgeht, daß Andern dort zu advociren verboten worden wäre. Aber schon Constantin verordnet, daß die „jussio," wonach jedem Tribunal eine bestimmte Anzahl Advocaten beyzugeben sey, nicht weiter gelten, sondern Jeder die Wahl haben soll, bey welchem Auditorium er advociren will, nur aber nicht beliebig wechseln dür-

---

13) L. 9 pr. §. 1 sqq. de poen. (48, 19). — L. 6 §. 1, L. 8, L. 9 D. ht. L. 6 §. ult. mand. (17, 1). L. 1 C. ht.

14) L. 2 (bey Wenck L. 5) C. Th. ht. L. 6 pr. C. eod.

15) L. ult. pr. C. de assessorib. (1, 51).

16) L. 1 C. de errore advocatorum, vel libellos vel preces concipientium (2, 10).

17) L. 3 C. eod. Der in den Basiliken fehlende Zusaz: „id est: triduo proximo", scheint durch eine Randglosse (etwa veranlaßt durch L. ult. C de judic.) entstanden zu seyn, vgl. *J. Gothofr.* ad L. un. C. Th. de err. advoc. *Schulting* acadd. quaestt. T. I, p. 145.

18) Spart. Hadr. c. 19, u. von ihm handelt Tit. de advocato fisci, C. 1, 9, C. Th. 10, 15.

Digitized by Google

se [19]), bis es späterhin wieder auf den alten Fuß gekommen [20]). Namentlich ist die Zahl der Advocaten beym praefectus praetorio auf 150 beschränkt gewesen [21]), bey dem praef. urbi auf 80 [22]), und von jenen wurden die beyden ersten anfangs jedes Jahr, späterhin alle zwey Jahre zum Patronat für den Fiscus promovirt, welches die vornehmste Advocatur geworden ist [23]). Um ins Consortium der Advocaten des praef. praet. eintreten zu können, muß zuvor beym Rector seiner Provinz untersucht, und durch die gesta festgestellt werden, daß man nicht cohortali vitae unterworfen sey, d. h. nicht zum officium desselben gehöre, und muß man ferner von seinen rechtgelehrten Lehrern ein eidliches Zeugniß über seine Rechtskenntniß zu den Acten geben lassen. So hat es Leo verordnet [24]). Alle bey einem bestimmten Gerichte angestellten Advocaten werden in eine matricula eingezeichnet, aber nicht die supernumerarii [25]). Zu den Vortheilen und Privilegien, welche den Advocaten unter den christlichen Kaisern zu Theil geworden, gehört, daß ihr Erwerb, wenn sie Haussöhne sind, peculium quasi castrense wird [26]), Freyheit von allen persönlichen Lasten, außer daß ihnen ein arbitrium da, wo sie die Advocatur ausüben, übertragen werden kann [27]), und ferner sind auch den Advocaten verschiedener Gerichte, besonders von Anastasius, verschiedene Arten von Privilegien ertheilt worden, namentlich das Recht zu gewissen Titeln nach niedergelegtem officium, u. s. w. [28]).

---

19) Legg. nov. 1, 2 C. Th. ht. Vgl. *Wenck* ibid. not. a).

20) *Cujac.* Obss. XVI, 22.

21) L. 8, 11, 17 pr. C. de adv. div. jud. (2, 7).

22) L. 7 pr. C. eod. (2, 8) mit *Cujac.* Obss. XIII, 1.

23) L. 10, 12 C. eod. (2, 7). 24) L. 11 C. eod.

25) L. 13 C. eod. L. 1, 9 C. 2, 8. L. 14 C. de assess. (1, 51).

26) Bd. 1, §. 188.

27) L. 6, 13 f. C. de adv. div. jud. (2, 7).

28) L. 5, 7, 9, 13 C. eod. (2, 7) und L. 1—5, 17 C. eod. (2, 8).

Digitized by Google

§. 166.

Belohnung der Sachwalter*).

Sachwalter, namentlich orator zu seyn, war eine Ehrensache und ein Freundschaftsdienst, wofür man sich in den ersten Zeiten nicht belohnen ließ. Als es späterhin dennoch geschah, wirkten Gesetze entgegen, und namentlich hat die im J. d. St. 550 erlassene [1]) lex Cincia de donis et muneribus verboten, ob causam orandam Geschenke anzunehmen [2]). Diese oft übertretene Vorschrift [2a]) hat ein Senatusconsult unter Augusti mit Androhung einer poena quadrupli erneuert [3]), als der in die lex Julia repet. übergegangenen Bestrafung des crimen repetundarum [4]). Aber es half auch das nicht, und nur mit Mühe konnte unter Claudius der Senatsschluß durchgesezt werden, daß ein Sachwalter nur bis auf 10,000 Sestertien honorirt werden dürfe, eine gleichfalls an die lex Julia repet. sich anschließende Bestimmung [5]), indem man nämlich für die Uebertretung repetundarum in Anspruch genommen, also immerhin mit dem vierfachen Ersatze bestraft werden soll [6]). Ein Senatsbe-

*) *Fr. Brummer* ad leg. Cinciam, Paris. 1668, 4, c. 2—11, in opuscc. p. 15—180. *Jo. Aug. Bach* Trajanus, p. 89—99, und de lege Anastas. §. 1, in opuscc. 363—370.

1) Liv. XXXIV, 4. Cic. de senect. c. 4.

2) Liv. l. c. läßt den Cato sagen: „Quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse senatui coeperit.“ Dazu Tac. A. XI, 5. XIII, 42. XV, 20. Cic. ad Att. I, ep. ult.

2a) S. hierüb. *Brummer*, c. 7—9. — L. 29 D. de legg. (1, 3) aus Pauli lib. sing. *ad leg. Cinciam* erörtert den Unterschied von contra u. in fraudem legis facere.

3) Dio Cass. LIV, 18 mit Tac. Ann. XIII, 42.

4) L. 1, L. ult. C. ad leg. Jul. rep. (9, 27).

5) L. 6 §. 2 D. de leg. Jul. rep. (48, 11): Lege Julia repetundarum cavetur: „ne quis etc. — neve plus domini muneris in anno accipiant, quam quod sit *aureorum centum*.“

6) Tac. A. XI, 5—8. XIII, 42. S. auch Unterholzner im Rh. Mus. f. Jurispr. Bd. 2, H. 4, S. 439 in der Note.

Digitized by Google

schluß unter Nero scheint nur die Beschränkung auf das von Claudius bestimmte Maximum wiederholt zu haben [7]). Und dennoch hat sich Trajan genöthigt gesehen, ein Senatusconsult zu veranlassen, wonach die Parteyen beym Anfange des Prozesses schwören müssen, für das Patrocinium Niemanden Etwas gegeben oder versprochen zu haben, wogegen die Patrone nach dem Prozesse, jedoch immer nicht über 10,000 Sestertien belohnt werden durften [8]). Dennoch wurden auch in der Folge wieder Honorare zum Voraus gegeben oder versprochen, auf welche sogar, und unter Bestätigung eines Rescripts von Alexander Sever, extra ordinem geklagt werden konnte, obwohl die Foderung nach Befinden ermäßigt werden, und immerhin nicht die verbotene Summe, nämlich 100 aurei, übersteigen durfte. Den schon bezahlten Ueberschuß konnte man sogar condiciren, und in der Art ist die Sache in die Digesten aufgenommen, und so denn auch zu Justinianeischem Rechte geworden [9]). Das aber galt zu jeder Zeit für unzulässig, daß man sich als Belohnung einen Antheil am vortheilhaften Ausgange des Prozesses bedingt [10]), was sogar Untersagung der Praxis zur Folge haben konnte, und bisweilen von den Kaisern,

7) Freylich heißt es bey Tac. A. XIII, 5: „Multaque arbitrio senatus constituta sunt: *Ne quis ob causam orandam mercede aut donis emeretur*", was ganz allgemein lautet, aber Suet. Nero, c. 17 sagt: „ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem darent." Schwerlich kann mit *Brummer*, c. 5 angenommen werden, daß Nero das unbeschränkte Verbot der lex Cincia wieder hergestellt, und daß Sueton irrthümlich das Gesez des Claudius dem Nero zugeschrieben — oder aber, daß Nero späterhin erst wieder eine gewisse Summe anzunehmen gestattet habe. „Mercede *emi*" geht wohl auf mehr, als ein blos mäßiges Honorar, u. insofern stimmen beyde Zeugnisse überein.

8) Plin. epp. V, 4, 21.

9) L. 1 §. 10—13 D. de extr. cogn. (50, 13). — L. 38 §. 1 loc. (19, 2). L. 19 §. 1 D. de don. (39, 5). L. 3 C. ht. (2, 6). L. 4, L. ult. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6).

10) L. 53 D. de pact. (2, 14).

Digitized by Google

z. B. einmal von den *D. fratres*, noch außerdem hart geahndet würde[11]). Ein Rescript von Sever und Caracalla hat gleichfalls „societatem *futuri* emolumenti" einzugehen für unrecht erklärt, nicht aber, sich nach verhandelter Sache bis zur erlaubten Summe, wenn auch „palmarii nomine," honoriren zu lassen[12]). Desgleichen hatten die Advocaten bey dem überhaupt unzulässigen litem redimere, d. h. hier bey dem bezahlten Uebernehmen der Gefahr eines Prozesses, Bestrafung zu befürchten[13]). Indessen hat auch noch wieder Constantin gegen schändliche Verträge der Advocaten mit ihren Clienten Gesetze erlassen[14]), und namentlich auch wieder verbieten müssen, sich „emolumenta certae partis" (unsere s. g. quota litis) versprechen zu lassen[15]). Seine Söhne haben es den Richtern im Allgemeinen zur Pflicht gemacht dafür zu sorgen, daß die Advocaten nicht zu große und ungebührliche Honorarien nehmen[16]).

Achter Abschnitt.
Die s. g. Rechtsmittel *).

§. 167.
Nichtigkeit **).

Wir haben bisher oft gesehen, daß eine Sentenz um ihrer bloßen Existenz willen noch keineswegs als gültig be-

11) L. 6 §. ult. D. mand. (17. 1) u. dazu Mühlenbr. Cession, S. 352 fg. Not. 212.

12) L. 1 §. 12 D. de extr. cogn. (50, 13).

13) L. 9 §. 2 D. de off. proc. (1, 16); vgl. L. 7 D. mand. (17, 1). — Quinct. I. O. XII, 7 fin. — Mühlenbr. S. 351 — 355.

14) L. 1 C. Th. de post. (2, 10).

15) L. 5 C. eod. (2, 6).

16) L. 2 C. Th. de concussionib. advocator. (8, 10) oder L. 2 C. de lucris advoc. et concussionib. officior. (12, 62).

*) D. XLIX, 1 — 14. C. VII, 61 — 70. C. Th. XI, 29 — 38.

**) D. Quae sententiae sine appellatione rescindantur (49, 8.

Digitized by Google

trachtet werden müsse, indem sie vielmehr insofern, als beym Verfahren oder durch ihren Inhalt die positiven Rechtsgrundsätze verlezt worden sind, jeder Wirksamkeit beraubt seyn kann. Zur Zeit der Kaiser, unter welchen es erst Appellationen im neuern Sinne des Wortes gab (§. 169), sagte man von solchen sententiae, daß sie sine appellatione rescinduntur. Schon in der ältesten Zeit konnte gegen die judicati actio oder gegen die mittelst manus injectio gefoderte Vollziehung eines Urtheils, von Seiten eines Vindex Widerspruch erhoben werden (S. 128). Und da es damals keine Exceptionen gab, worauf konnte der Widerspruch gegründet seyn, als auf die Nullität des Judicats? Solche Fehler, welche den rechtlichen Bestand eines Urtheils unmöglich machen, sind zu allen Zeiten denkbar, und es ist hier auch gar nicht von besondern positiven Vorschriften die Rede. Im Formularprozesse nimmt die Sache nämlich folgenden ganz einfachen Gang. Der Magistrat (oder sein Nachfolger), welcher den Judex bestellt hat, und also für Vollziehung des Urtheils Sorge tragen muß (§. 137[a]), versagt diese Hülfe, oder verweigert, wenn umgekehrt der abgewiesene Kläger aufs Neue klagt, die rei judicatae exceptio, sobald er findet, daß das Urtheil null sey. Und wenn eben diese Beurtheilung erst wiederum auf Prüfung von thatsächlichen Verhältnissen beruht, so muß er diese aufs Neue einem Judex überweisen, im ersten Falle durch Eröffnung einer judicati actio (§. 138), im andern Falle dadurch, daß er den Richter über die Zulässigkeit der der alten actio entgegengesezten exceptio judicati urtheilen läßt. Immerhin hat der Richter zu prüfen, an judicatum sit[1])? In der spätern Zeit freylich, als der Magistrat selbst der Richter war, muß, wenn er nicht sein Urtheil selbst zurücknimmt, die judicati actio oder die erneuerte alte Klage bey der höhern Be-

C. quando provocare non est necesse (7, 64). — Goldschmidt Abhh. aus dem Civilproz. S. 111 fg.

1) L. 1 pr. D. ht (49, 8).

Digitized by Google

hörde, an welche die Appellation geht, angebracht werden. — Die Nullitätsgründe selbst sind sehr mannigfaltig, ihr Alter ergibt sich aus den frühern Erörterungen. Für die Zeit der Kaiser, aus welcher wir allein darüber specielle Mittheilungen haben, lassen sie sich allenfalls unter folgende Rubriken bringen. 1. Vernachlässigung der prozessualischen Form, wenn z. B. Jemand in der Abwesenheit ohne das gehörige Contumacialverfahren verurtheilt worden [2], wenn die Sentenz nicht vorgelesen, späterhin auch, wenn sie nicht aufgeschrieben worden, wenn ihr die nöthige Bestimmtheit fehlt [3], oder wenn sie Unmögliches enthält [4]. 2. Wenn der Magistrat nicht competent war, oder wenigstens nicht das jus dandi judicem hatte, oder wenn er extra ordinem erkannt, wo er einen Judex ernennen sollte, oder wenn der ernannte Judex unfähig war, oder seinen Auftrag überschritten hat [5], oder wenn unter mehrern judices nicht drey votirt haben, wenigstens, wenn es nur drey waren, nicht alle zusammen [6]. Durch Bestechung erwirkte Urtheile sind in kaiserlichen Rescripten, wie Diocletian berichtet, ebenfalls für null erklärt worden [7]. 3. Auch im Verhältnisse der Parteyen kann der Grund der Nichtigkeit liegen, wenn z. B. ein furiosus für sich allein prozessirt hatte [8], überhaupt überall, wo gerichtliche Vertretung nothwendig, und doch nicht vorhanden war [9]. Ferner wenn nicht die

2) §. 136, 137. L. 1 §. 3 D. ht. 3) §. 137.

4) L. ult. D. ht.

5) L. 23 §. 1 D. de app. (49, 1). — L. ult. D. de jurisd. (2, 1). L. 12 §. 2 de jud. (5, 1). L. 4 C. de sent. (7, 45). — Tit. C. si a non competente judice judicatum esse dicatur (7, 48). L. 2 C. Th. de re jud. (4, 16). Ueber den Fall, daß ein Sclave Prätor war: L. 3 D. de off. praet. (1, 14). Nachfolgende Unfähigkeit ist freylich ohne Einfluß, L. 2 C. de sent.

6) L. 39 D. de re jud. (42, 1). L. 4 C. ht. (7, 64).

7) L. 7 C. ht. 8) L. 9 D. de re jud.

9) L. 6 C. quomodo et quando jud. (7, 43). L. 2 C. Greg. 10, 1.

Digitized by Google

rechte Partey condemnirt worden ist, z. B. der Principal statt des Procurators[10]), oder wenn ein bereits Todter verurtheilt worden[11]). Endlich ist 4. die Sentenz null, welche das geltende Recht (leges, Scta, constitutiones) unzweifelhaft verletzt, aber nicht die, welche nur die Thatsache unrichtig beurtheilt hat, also mit andern Worten, sobald es klar ist, daß die Rechtsfrage als solche falsch entschieden, nicht blos eine unrichtige Anwendung auf das Factum Statt gefunden hat, wenn mithin dem Gesetze selbst, und nicht blos der streitenden Partey Unrecht geschehen[12]). Denn die Rechtsfrage hat der Magistrat, die Anwendung der Richter zu beurtheilen. Die Formel aber kann nicht zum Voraus Rechtsbelehrung ertheilen, darum bleibt dem Magistrat hinterher noch die Berichtigung, zumal da, wäre nicht das Factum streitig gewesen, die Sache gar nicht an den Judex gekommen seyn würde. Ferner ist aber auch ein mit einer bereits rechtskräftigen Sentenz in Widerspruch tretendes Urtheil, ebenso wie Decret, als null zu betrachten[13]), und die Kaiser, sowohl zur Zeit der Digesten, als die christlichen, erklären ausdrücklich, daß auch ihre gegen den Inhalt einer res judicata erlassenen Rescripte nicht gelten sollen[14]).

---

10) L. 1 C. de sent. (7, 45).

11) Vgl. §. 136. L. 59 §. 3 D. de re jud. L. 2 pr. §. 1 D. ht. — Auch L. 74 § 2 D. de jud.

12) L. 19 D. de app. (49, 1): Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet —. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel Scta, vel constitutionem fuerit prolata. L. 1 §. 2 D. ht: — Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur. Nam etc. L. 2 C. ht. vgl. mit L. 32 D. de re jud.

13) L. 1 C. ht. L. 1 C. sent. resc. non posse (7, 50). L. 9 C. de sent. (7, 45), auch L. 6 C. de exec. rei jud. (7, 53).

14) L. 1 C. ut lite pend. (1, 21). L. 1 C. Th. de re jud. (4, 16) od. L. 3 C. sent. resc. u. p. (7, 50).

§. 168.
Rescindirende Rechtsmittel.

Gegen die an sich gültige Sentenz war, auch bevor es Appellationen gab, und nachher, doch nicht jede andere Hülfe gradezu versagt. Abgesehen von auszuwirkender Intercession (§. 169), und von den auch noch gegen judicati actio zulässigen Exceptionen, oder gegen judicati exceptio zulässigen Repliken, scheinen zwey andere Rechtsmittel bereits von Cicero erwähnt zu werden, die *sententiae revocatio in duplum*[1]) und die in integrum restitutio[2]). Ob und wie etwa jene damit, daß die judicati actio gegen den Leugnenden aufs Doppelte geht (§. 179), zusammenhängt[3]), das ist uns ebenso unbekannt, als die ganze Natur dieses Rechtsmittels. Aus den wenigen Nachrichten darüber erfahren wir außer dem Namen nur, daß man es eben so wenig wie die Appellation gegen seine in jure abgelegte confessio[4]), oder wenn man als contumax verurtheilt worden, gebrauchen darf[5]), und daß es an keine Frist gebunden war. Denn nur eine „res olim judicata" soll endlich einmal („post longum silentium") auch nicht durch in du-

1) *Bynkershoek* Obss. VI, 10. — Hollweg Vers. S. 263, Not. 15).

2) Cic. pro Flacc. 21. Auf die Behauptung, „recuperatores vi Flacci coactos et metu, falsum invitos judicavisse", decretirt des Flaccus Nachfolger in der Magistratur: „ut si judicatum negaret, in duplum iret, si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores."

3) Hugo Rg. S. 877 sagt: „Außer der Appellation hatte auch die Behauptung, es sey gar kein Urtheil wirklich ergangen, Statt, wobey aber grade noch ein Mal so viel bezahlt werden mußte, wenn man Unrecht behielt." Aber, was schon Bynkershoek gegen Cujac. bemerkte, wie unterscheidet sich alsdann das Leugnen, welches judicati actio veranlaßt?

4) Paul. V, 5a §. 5. S. §. 126, Not. 4).

5) Paul. ib. §. 7, und ein Rescript von Alexander, L. 1 C Greg. 10, 1.

plum revocatio weiter angefochten werden können, und das longum tempus berechne man, erzählt Paulus, nach Analogie der longi temporis praescriptio auf zehn Jahre unter Anwesenden, und unter Abwesenden auf zwanzig [6]). Das Rechtsmittel selbst aber kann nichts Anderes gewesen seyn, als eine auf die Gefahr doppelten Ersatzes erbetene Revision. Da man das, seit es Appellationen gab, ohne solche Gefahr erwirken konnte, so erklärt sich die Fortdauer jenes noch zu Paulus Zeit vorhandenen Rechtsmittels eben nur dadurch, daß es an keine Frist gebunden, und also auch bey versäumter Appellation zulässig war. Späterhin und in Justinians Compilation ist keine Rede mehr davon. — Was nun aber die Restitution betrifft, die in jenem von Cicero erzählten Falle ob metum, aber wenigstens auf eigenthümliche Weise zugesagt zu seyn scheint: so dürfte es überhaupt zur Zeit der Republik ein stehender Saz im prätorischen Edicte geworden seyn, daß sich der Magistrat die Cognition über die Urtheile der Richter vorbehielt [7]). Unter den Kaisern findet sich der Grundsaz wohl darum nicht, weil da an den bestellenden Magistrat gradezu appellirt wurde [8]). In der Regel ist die Restitution wegen Minderjährigkeit gemeint, wenn zur Kaiserzeit von restitutio contra sententiam (rem judicatam) die Rede ist [9]). Bey den Minderjährigen ver-

6) Paul. l. c. §. 8.

7) Cic. Verr. II, 13 führt ein Edict des Verres an, wodurch er „omnia judicia redegerat in suam potestatem. *Si qui perperam judicasset, se cogniturum: quum cognosset, animadversurum* — und scheint daran nur das Leztere, oder die Strafdrohung zu tadeln. In „Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditae, cum commentar. ed. *Ed. Huschke*. Vratisl. 1829. 8" heißt es: „Praetores urbani, qui legibus moderandis et *judicum sententiis corrigendis* in urbe praeerant", welche Nachricht Huschke mit jener Stelle Ciceros verbindet, l. c. p. 66 — 68; wiewohl man auch bey jenem Autor blos an die Appellation vom Juder an den Prätor denken könnte.

8) S. §. 170. *Huschke* l. c.

9) C. si adversus rem judicatam restitutio postuletur (2, 27).

Digitized by Google

tritt die Reſtitution ſogar die Stelle einer zuläſſig geweſenen Appellation [10]). Dagegen wurden majores jezt nicht leicht contra sententiam reſtituirt. So z. B. reſcribiren die Kaiſer, daß unter dem Vorwande falſcher Berechnung eine res judicata nicht umgeſtoßen werden könne [11]), obwohl ein, unbeſchadet dem übrigen Inhalte des Urtheils, zu verbeſſernder Rechnungsfehler ohne Weiteres gehoben wird [12]). Ferner ſoll nicht einmal leicht wegen neu aufgefundener Inſtrumente reſtituirt werden [13]), wenn nicht Fälſchung der Urkunden, oder Beſtechung der Zeugen nachgewieſen werden kann [14]), oder wenn nicht die Sache mit Hülfe eines vom Richter auferlegten Eides entſchieden worden [15]), worüber ſich nämlich kaiſerliche Reſcripte ausgeſprochen haben [16]). Uebrigens kann dieſe Reſtitution auch gegen ein in höherer Inſtanz beſtätigtes Urtheil, und von jedem Magiſtrate gegen ſeine eigene oder ſeines Vorgängers, oder gegen die Sentenz eines geringern Magiſtrats ertheilt werden, d. h. natürlicher Weiſe gegen das Urtheil des von dieſem Magiſtrat ernannten Judex ſowohl, als gegen ſeine eigenen

— L. un. f. D. de off. praef. praet. (1, 11). L. 9 pr. L. 18 §. 1, 5 D. de min. (4, 4). L. 2 C. si unus ex plurib. (7, 68) mit L. 8 C. de app. (7, 62).

10) L. 42 D. de min. (4, 4). L. 2 C. si un. ex plur.

11) L. 2 C. de re jud. (7, 52), vgl. auch L. un. C. de err. calc. (2, 5).

12) L. 1 §. 1 D. quae sent. sine app. (49, 8). Paul. V, 5a §. ult.

13) L 35 D. de re jud. (42, 1). L. 27 f. D. de exc. rei jud. (44, 2). L. 4 C. de re jud. (7, 52), vgl. mit L. 2 C. si sacpius (2, 44).

14) L. 33 D. de re jud. (42, 1). C. si ex falsis instrumentis l. testimoniis judicat. sit. (7, 58). Paul. V, 5a §. 10.

15) L. 31 D. de jurej. (12, 2).

16) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß das Verfahren auf den Grundſätzen der prätoriſchen Reſtitution beruht, welche die Kaiſer hier zur Anwendung bringen — wiewohl Hefftter Inſtitt. S. 499 fgg. ſelbſt eine ſolche Analogie bedenklich findet.

Decrete[17]). Gegen die Sentenz des Princeps oder seines Stellvertreters, oder des judex a principe datus kann also auch nur der Princeps restituiren[18]). Daß die Municipalmagistrate nicht restituiren durften, war §. 5 bemerkt worden. Den Zweifel, ob auch delegirte und judices pedanei in integrum restituiren könnten, entscheidet Justinian bejahend[19]). — Endlich einer retractatio, wenn gegen den Fiscus judicirt worden, gedenkt Caracalla bereits als einer bekannten Sache; sie war auf einen dreyjährigen Termin beschränkt, konnte aber wenn praevaricatio oder fraus nachgewiesen wurde auch nachher noch ausgewirkt werden[20]).

§. 169.

Appellation*). — Entstehung derselben**).

In Folge des alten politischen Grundsatzes, daß jeder gleiche und höhere Magistrat intercediren, sein Veto einlegen dürfe, konnte man gegen die verletzende Verfügung ir-

17) L. 16 §. ult. L. 17, L. 18 pr. de min. (4, 4). So kann z. B. auch der praef. praetorio seine Sentenz aufheben, auch seitdem von ihm nicht appellirt, L. 17 D. cit. (§. 172, Not. 12)), und daher auch die Restitution nur von ihm ertheilt werden kann, L. un. §. 2 D. de off. praef. praet. (1, 11).

18) L. 18 §. 1—4 D. de min. L. 1 C. ubi et ap. quem cogn. (2, 47). L. 3 C. si adv. rem jud. (2, 27).

19) L. ult. C. ubi et ap. quem. (2, 47).

20) L. un. C. de sent. adv. fiscum retractand. (10, 9).

*) D. de appellationib. et relationib. (49, 1). C. de appellation. et consultationib. (7, 62) C. Th. de appellationib. et poenis earum et consultationib. (11, 30).

**) *Fr. C. Conradi* jus provocationum ex antiq. Rom. erutum, Lips. 1723, in collect. Diss. hist. antiq., Brem. 1785, p. 253 sqq. und in F. C. Conradi scripta min. ed. Pernice, Vol. I, Hal. 1823, nr. 1. — *C. W. Küstner* historiae provocationum et appellationum ap. veter. Rom. spec. I., Lips. 1740, 4. — *Jos. Rubino* de tribunitia potestate, qualis fuerit inde a Sullae dictatura usque ad primum consulatum Pompeji, Cassel. 1825, 8. p. 25—30, vgl. mit Ed. Huschke in (Tüb.) krit. Ztschr. Bd. 3, H. 2, S. 222, u. ad Cic. pro Tullio, in Analecta litter. p. 155 sq.

Digitized by Google

gend einer mit imperium oder potestas bekleideten Behörde an einen solchen Magistrat sich wenden (eum appellare), um durch ihn die Entkräftung jener Verfügung zu erwirken. In der Regel waren es aber nur die Volkstribunen, welche man kraft des ihnen zustehenden Rechts, überall zu intercediren, in gerichtlichen Angelegenheiten zu appelliren pflegte [1]). Zunächst war es die Constituirung des Judiciums, welche die Tribunen hindern oder entkräften konnten [2]), so daß man z. B. schon wegen eines angeblich mit Unrecht in die Formel aufgenommenen Wortes bey ihnen Hülfe gesucht hat [3]). Aber sie konnten ferner auch das Judicium hinhalten [4]), oder die Execution verhindern [5]). In den Provinzen konnte man sich freylich nur gegen minora judicia an die Vorsteher wenden [6]), aber gegen diese selbst gab es keine Intercession, da der Vorsteher nicht, wie der römische Prätor, einen Collegen

1) Cic. pro Quint 7. in Vatin. 14. Gell. XIII. 12. — Gell. IV, 14. VII, 19. Val. Max. VI, 1 §. 7, VI, 5 § 4 u. die folgg. Noten.

2) Cic. acad. quaest. II, 30. pro Quint. c. 20. Ascon. ad orat. in toga condid. Wenn aber Huschke nur vor der Litiscontestation die Intercession eintreten läßt, weil nachher schon ein Recht begründet sey, so steht das Beyspiel der folg. Note entgegen, wo von Rescission der schon concipirten Formel die Rede ist. Allerdings besteht die Rescission nur darin, daß aus einer so gefaßten Formel das weitere Verfahren nicht gestattet wird, aber in der Regel muß doch der Prätor die Formel schon concipirt haben, bevor man über Verletzung sich beschweren kann. Die richterliche Sentenz kann von den Tribunen freylich nicht, wie auch schon *Küstner* Diss. cit. p. 22 sq. bemerkt hat, cassirt, aber die wiederum durch den Magistrat zu bewirkende Vollziehung verhindert werden, s. Not. 5).

3) Cic. pro Tull. c. 38: „— quid attinuit, te tam multis verbis a Praetore postulare, ut adderet in judicium INJURIA, et quia non impetrasses, Tribunos Pl. appellare et hic in judicio queri Praetoris iniquitatem, quod de injuria non addidisset?" etc.

4) Z. B. Cic. pro Cluent. c. 27.

5) Z. B. Liv. VI, 27 sub fin. XXXVIII, 60. Gell. VII, 19. Val. Max. IV, 1 §. 8.

6) Cic. Verr. IV, 65.

Digitized by Google

neben, und keinen Magistrat über sich hatte, und da es dort auch keine Tribunen gab [6a]). Da ferner nur die Wirksamkeit einer Verfügung gehemmt, aber keine andere an die Stelle gesezt wurde, so konnte zwar der verurtheilte Beklagte, aber nicht der abgewiesene Kläger [7]) auf diesem Wege Hülfe suchen. Eben aus jenem Grunde aber mochte das Veto nicht leicht gegeben worden seyn. Die gerufenen Tribunen beriethen sich mit ihren Collegen [8]), worauf sie nach Vernehmung der Parteyen [9]), und oft lange fortgesezter Prüfung der Sache, wobey auch die Anwälte thätig seyn konnten [10]), deshalb ein gemeinsames Decret, gleichsam als Collegialbeschluß [11]), und auch wohl mit Benennung der

---

6a) Vgl. Cic. Verr. II, 12: „Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui judicia dant, et eorum qui judicant", u. dazu Ascon.: „In provincia scilicet, nam Romae appellari tribuni possunt contra omnem potestatem."

7) Bey Val. Max. VI, 5 §. 4 war es der Misbrauch der tribunicischen Gewalt, gegen welchen intercedirt wurde.

8) Liv. XXXVIII, 60: „— Tribuni cum in consilium secessissent." Gell. VII, 19: „Octo tribuni cognita causa decreverunt." Liv. XLII, 31: „Tribuni cognituros se, de quo appellati essent, ajebant."

9) Gell. XIII, 12: „— Quum a muliere quadam tribuni plebis adversus eum (Labeonem) aditi, Gellianum ad eum misissent, ut veniret et mulieri responderet —. Liv. XXXVIII, 58 sq.

10) Cic. Verr. II, 41. Liv. XLII, 33.

11) Gewöhnlich ist auch dabey vom „collegium tribunorum", und daß das Collegium appellirt wurde, die Rede, Gell. VII, 19: „Scipio Africanus fratris nomine *ad collegium tribunorum* provocabat", oder bey Liv. VII, 58: „P. Scipio Nasica *tribunos* appellavit". — Val. Max. VI, 1 §. 7: „— tribunitium auxilium implorante, *totum collegium tribunorum* negavit, se intercedere" etc. Val. Max. VI, 5 §. 4. Suet. Caes. c. 32: „appellato demum collegio." Cic. Verr. l. c. Gell. IV, 14: „ad tribunos plebei provocavit", u. in Not. 8).

Votanten [12]), erließen [13]). Aber das darf nicht so verstanden werden, als wenn die concrete Sache von Stimmenmehrheit abhängig gewesen wäre, sondern die gemeinsame Berathung diente zur gegenseitigen Verständigung, und konnte das jedem Einzelnen als solchem zustehende jus intercedendi nicht aufheben [14]). Der Grund der Intercession konnte sowohl in dem verlezten materiellen Rechte, als im fehlerhaften Verfahren liegen, weshalb auch die Decrete der Tribunen eine wichtige Rechtsquelle geworden sind [15]). So stand die Sache zur Zeit der Republik, erhielt aber unter den Kaisern eine andere Gestalt. Denn auf sie selbst ging nunmehr die tribunitia potestas über, und obgleich es hin und wieder auch noch andere Tribunen gab, und Intercessionen vorkamen [16]), so konnte doch der Kaiser sein Recht, in höherer Instanz zu erkennen, nicht aus jener tribunit. Gewalt ableiten, indem er nicht blos cassirte, sondern auch

---

12) Liv. XXXVIII, 60: „C. Fannius ex sua collegarumque, praeter Gracchum, sententia pronuntiavit", verb. mit c. 52: „— cum vetuisset (Gracchus) nomen suum decreto collegarum adscribi." Cic. Verr. l. c. „idque de omnium sententia pronuntiatum esse." Daß die Tribunen einzeln votirten (sententiam dicere), darüber auch Ascon. ad Cic. pro Mil. c. 14.

13) Gell. IV, 14: „Decretum tribunorum visum est gravitatis antiquae plenum." Liv. XXXVIII, 52 sqq. Gell. VII, 19, f. Not. 8) und „ejus decreti verba, erzählt Gellius weiter, quae posui, ex annalium monumentis exscripta sunt."

14) Vgl. z. B. die wirksame Intercession des Einen Tribunen Ti. Gracchus gegen das Decret seiner acht Collegen, bey Gell. VII, 19. Liv. XXXVIII, 60. Cic. de prov. cons. c. 8. Und das war dann gleichfalls ein decretum: „ita decretum ex tabula recitavit. ejus decreti verba haec sunt" etc. sagt Gellius, und bey Livius heißt es gleichfalls: Ti. Gracchus ita decrevit u. s. w.

15) L. 2 §. 34 D. de O. J. (1, 2). Auct. ad Her. II, 13. Nach Gell. XIII, 12 waren die Tribunen nicht ursprünglich, wohl aber nachher auch „juri dicundo" creati. — Vgl. *Rubino* l. c. p. 28 sq.

16) *Conradi*, c. 3, §. 35.

Digitized by Google

reformirte, d. h. ein anderes Urtheil an die Stelle des aufgehobenen sezte. Was im Criminalprozesse von jeher bestand[17]), daß auf erhobene provocatio ad populum das Urtheil abgeändert werden konnte, das führte bereits August auch im Civilprozesse ein, und zwar dadurch, daß er an den von ihm geschaffenen praefectus urbi (§. 3, S. 11 fg.) in allen städtischen Prozessen zu provociren gestattete, und daß er zu demselben Zwecke consulares an die Spitze der einzelnen Provinzen stellte, und daß er wiederum von diesen Behörden an sich selbst provociren ließ[18]). Das appellare aliquem wurde jezt mit provocare völlig synonym[19]), und ist in diesem neuern Sinne ganz als eine Augustische Institution zu betrachten. Wahrscheinlich durch die lex Julia judiciaria begründet, und ausgebildet durch den Einfluß der classischen Juristen und der kaiserlichen Rescripte, hat das Institut der Appellation die in den folgg. §§. darzustellende Entwicklung erhalten.

Die Appellationen zur Zeit des Pandektenrechts und bis zu Diocletian.

§. 170.

1. Die Behörden und die Gegenstände *).

Durch Appellation oder Provocation, als eine Be-

17) Cic. de rep. II, 31. Senec. ep. 108.

18) Suet. Octav. 33 fin. Dio Cass. LII, 21 u. 33 mit Suet. Calig. c. 16. Nero, c. 17. Tac. A. XIV, 28. L. 38 pr. D. de min (4, 4). l. 1 § 3 de app. (49, 1). Caligula soll den Magistraten „liberam jurisdictionem et sine *sui* appellatione" gegeben haben, Suet. Calig. l. c., was, wenn es sich auch auf den Civilprozeß bezog, doch nur vorübergehend war.

19) Provocare im Sinn des alten appellare findet sich bey Gellius, s. Note 11), ist aber schwerlich zur Zeit der Republik vorgekommen.

*) S. § 169, Not. *). D. a quibus appellari non licet (49, 2). Quis a quo appelletur (49, 3). De appellationib. recipiendis l. non (49, 5). — *Conradi*, cap. 4.

ſchwerde gegen iniqua sententia von dem auf beſondern Gründen beruhenden Reſtitutionsgeſuche genau unterſchieden [1]), wird ein höherer Richter zur abermaligen Beurtheilung der bisherigen Rechtsſache aufgefodert. Dieſer war zunächſt der praefectus urbi, und für die Provinzen die von Auguſt deshalb ernannten Conſularen (§. 169), bis ſpäterhin, wenigſtens zur Zeit des Kaiſers Tacitus, auch von den Provinzen aus an den praefectus urbi appellirt wurde [2]). Wenigſtens ſeit den Severen wurde auch im Auditorium des praefecti praetorio über Civilſachen erkannt (§. 3 a. E., §. 7 a. E.), ob aber veranlaßt durch Appellationen, was freylich wahrſcheinlicher iſt, als daß es in erſter Inſtanz der Fall geweſen, läßt ſich für die vorconſtantiniſche Zeit nicht grade beweiſen. Noch weniger alſo iſt es möglich zu ermitteln, in welchen Verhältniſſen an den einen, in welchen an den andern Präfecten appellirt wurde, oder ob etwa die Wahl blieb. Von den Municipalmagiſtraten ging die Appellation natürlicher Weiſe zuerſt an die ihnen zunächſt vorgeſezten Beamten, alſo theils an die juridici, theils an den praetor urbanus (§. 4 a. E., §. 5 a. E.). Gegen die Sentenz eines von den Präfecten beſtellten Judex ging die Appellation an den Beſteller [3]), und ebenſo in den Provinzen vom datus judex an den beſtellenden Präſes [4]), und es mag alsdann erſt ein allgemeiner Grundſaz für alle magistratus populi romani geworden ſeyn. Denn als ein ſolcher wird er von den ſpätern Pandektiſten, eigentlich nur von Modeſtin, dargeſtellt [5]), ſo wenig ein ſolcher Grundſaz auch mit dem alten Verhältniſſe des Magiſtrats zu dem von ihm ge-

---

1) L. 17 D. de min. (4, 4). L. 1 pr. D. de app. (49, 1).

2) Vopisc. Florian. c. 5, 6. Beyſpiele von Appellationen an den praef. urbi: L. 38 D. de min. L. 1 §. 3 de app.

3) L. 1 pr. D. quis a quo app. mit L. 1 §. 3 de app.

4) L. 21 §. 1 de app.

5) L. 3 D. quis a quo. vgl. mit L. 1 § 3 cit. und L. 2 D. a quib. app. non lic.

Digitized by Google

gebenen Judex übereinzustimmen scheint[6]). In lezter Instanz[7]) entschied der Kaiser[8]), an welchen für jezt auch noch von dem praefectus praetorio appellirt werden konnte, s. §. 172, Not. 12). Wenn man aus Irrthum die nächste Behörde übersprungen, und sich an die höhere gewandt hat, so soll das nach vielen kaiserlichen Rescripten unschädlich seyn, indem nämlich die Sache an die wahre Oberbehörde zurückgewiesen wird, was aber im umgekehrten Falle, wenn man sich an einen minor judex gewandt hat, nicht geschehen konnte[9]). Ebenso verhielt es sich auch mit der weitern Appellation gegen eine die vorige zurückweisende Verfügung[10]). Uebrigens folgt aus dem bisher geschilderten Stande der Sache, daß es keine bestimmte Zahl von Instanzen, sondern jedesmal soviel weniger gab, als höher der Richter stand, welcher das erste Urtheil gesprochen. Vom Princeps konnte gar nicht appellirt werden[11]), obwohl, wie die Kaiser selbst anerkannt haben, dann freylich, wenn blos auf den Grund eines bey ihnen durch Consultation ausgewirkten Rescripts erkannt worden, die Appellation ungehindert bleibt[12]). Alsdann aber ist sie ausgeschlossen, wenn der Princeps einen Judex mit der Erklärung, daß von ihm

6) Conradi bemerkt (c. 3 §. 49): „Res ipsa clara et extra omnem dubitationem posita est, exemplis non aeque confirmari potest.“ Zur Zeit der Republik bestand die Sache gewiß noch nicht, u. Huschke's Vermuthung, daß es auf der lex Julia jud. beruht, s. §. 168, Not. 7) u. bey Not. 8), ist insoweit gewiß begründet, als danach wenigstens an den den Judex bestellenden Präfecten appellirt werden durfte.

7) Die Appellationen an den Senat, Tac. A. XIV, 28. Suet. Nero, c. 17, können sich nicht auf privatae causae bezogen haben.

8) L. 1 §. 1 D. a quib. app. non lic. — L. 38 D. de min. — — „Victa tam apud praetorem, quam apud praef. urbi, provocaverat“, u. die Sache kam an den Imperator.

9) L. 1 §. 3, L. 21 §. 1 D. de app.

10) L. 5 §. 1, §. 3. 4, 5 D. de app. rec. I. non.

11) L. 1 §. 1 quis a quo app.

12) L. 1 §. 1 de app. L. ult. D. quando app. (49, 4).

nicht appellirt werden ſoll, was Marcus oft gethan, beſtellt hat [13]), oder von dem Judex, von welchem zu appelliren die Parteyen ſelbſt vorher verzichtet haben [14]). Ob von den Centumvirn appellirt werden könne, iſt beſtritten [15]). Zur Zeit der Republik war daran freylich nicht zu denken. Die Notiz, daß Domitian „in foro pro tribunali extra ordinem ambitiosas Centumvirorum sententias“ reſcindirt hat [16]), ſcheint freylich von Nullitätserklärung der venales sententiae verſtanden werden zu müſſen. Aber wenn das der Kaiſer durfte, ſo konnte wohl an ihn auch wirklich appellirt werden, wenigſtens iſt nicht wahrſcheinlich, daß er ſich ein ſolches Recht habe vorenthalten laſſen, wenn ſchon es keiner andern Behörde zuſtehen mochte, und ferner gewiß, daß bey querela inofficiosi, alſo gegen Centumviralbeſcheide, Appellationen vorgekommen [17]). — Auch gegen interlocutoriſche Verfügungen, nicht blos gegen Endurtheile, konnte man für jezt noch appelliren [18]), aber nicht noch gegen den Executor der Sentenz [19]), auch nicht gegen blos vorbereitende und keinen Aufſchub leidende Anordnungen, wie die einer Teſtamentseröffnung, nach einem Hadrianiſchen Reſcript, oder Einweiſung des scriptus heres in den Beſiz [20]). Dergleichen und andere blos gegen Verweigerung einer unzuläſſigen Verzögerung erhobene Provocationen [21]) ſind wohl die „moratoriae appellationes, quas recipi non placuit“ [22]). Auch confessi und contumaces können als ſolche nicht appelliren, ſ. §. 168, Not. 4), §. 136, Not. 15).

13) L. 1 §. 4 D. quis a quo app.

14) L. 1 §. 3, eod.

15) *Siccama* de jud. centumvir. I, 6 fin. *Conradi* l. c. c. 3, §. 51. *Zepernik* ad Siccam. l. c. p. 51 sqq.

16) Suet. Domit. c. 8.

17) L. 17 pr. L. 27 §. 3 D. de inoff. test. (5, 2).

18) L. 29 de app. recip. mit L. 1 §. 2 de app.

19) Paul. V, 35 §. 2. L. 4 pr. de app. L. 7 §. 2 de app. rec.

20) L. 7 pr. §. 1 D. de app. rec. 21) L. 4 D. eod.

22) Paul. l. c. u. daſ. *Cujac.*

Uebrigens war Appellation über Nebenpuncte nicht minder als über die Hauptsache zulässig[23]), und auf den Werth des Streitgegenstandes kam gleichfalls nichts an[24]), außer für die Berufung an den Kaiser[25]).

§. 171.

2. Das Verfahren *).

Das Verfahren selbst war folgendes. 1. Nach eröffneter Sentenz konnte man sogleich und mündlich erklären, daß man appellire[1]). Geschah das nicht, so mußte man die Anzeige schriftlich (durch libelli oder literae appellatoriae) bey dem Richter einreichen, welcher das Urtheil gesprochen, und zwar binnen zwey Tagen in eigener, binnen drey in fremder Angelegenheit[2]). Die Tage wurden, nach einer Marcischen oratio, insofern utiliter berechnet, als nicht der judex a quo, und im Nothfalle auch nicht einmal der judex qui appellatur, öffentlich zugänglich waren[3]). Die libelli mußten den Judex, von welchem, die appellirende Partey, und die, gegen welche appellirt wird, sowie die beschwerende Sentenz bezeichnen, obgleich hier Mängel nicht leicht präjudicirten[4]). 2. Nach jener Einwendung der

23) L. 13 C. de usur. (4, 32): „. . . nec provocatio secuta est.“ S. Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. 9, S. 231. Wenigstens war es auch späterhin der Fall, s. §. 173, Not. 20), und die Appellationen sind im Verlauf der Zeit eher beschränkt als erweitert worden.

24) L. 20 C. de app. (7, 62). S. d. vorige Note.

25) L. 10 §. 1 D. de app. (49, 1).

*) Paul. V, 32—37. D. quando appellandum sit, et intra quae tempora (49, 4). De libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur (49, 6). S. noch §. 174, Not. *).

1) L. 2 pr. D. de app. L. 5 §. 5 eod.

2) L. 5 §. 5, L. 7 D. de app. L. 1 §. 5, 6, 11, 12, 13 D. quando app.

3) L. 1 §. 7—10, L. 2 pr. §. 1 D. quando app. L. 6 §. 5 C. de app. (7, 62).

4) L. 1 §. ult. mit L. 3 u. L. 13 D. de app.

Appellation (interpositio) hat der Appellant bey Strafe des Ausschlusses binnen fünf Tagen dafür zu sorgen, daß ihm der Unterrichter über die interponirte Appellation ein an die Oberbehörde gerichtetes Zeugniß ausfertige, des Inhalts: „Der und der hat von der zwischen dem und dem gesprochenen Sentenz appellirt," und diese literae heißen libelli dimissorii oder apostoli[5]). Nur wer beweisen kann, daß er vergebens wiederholt um diese Ausfertigung gebeten, darf nicht darunter leiden[6]). Vom Tage des Empfangs an muß der Appellant wiederum binnen fünf Tagen[7]) durch Deposition oder Bürgschaft „in poena appellationis cavere," also auf den Fall des Unterliegens bey dem Unterrichter die Einbuße einer bestimmt zu bezeichnenden Summe spondiren, welche gewöhnlich den dritten Theil des Streitgegenstandes beträgt[8]). Wann und wie das aufgekommen, darüber wissen wir noch soviel, daß bis zu Nero's Zeit nicht einmal an den Senat cum poena appellirt wurde, und daß Nero eben diese Sponsion auch bey den Appellationen an den Senat einführte[9]). Späterhin muß sie also generalisirt worden seyn. Bey Abwesenden wird vor Zählung der fünf Tage auf die Entfernung Rücksicht genommen[10]). Uebrigens haben schon Diocletian und Maximian diese Sponsionen aufgehoben, und ferner dem Richter zur Pflicht gemacht, die apostoli nach eingelegter Appellation auch unverlangt zu ertheilen[11]). Damit fallen die beyden fünftägigen Fristen weg, deren Justinians Compilation auch keine Erwähnung thut. 3. Bey der Oberbehörde muß nun aber der Appel-

---

5) L. un. pr. § 1 D. de lib. dimiss. Paul. V, 35. L. 9 med. D. de jure fisci (49, 14).

6) L. un. §. 2 de lib. dim.

7) *Brisson.* sel. antiquitat. II, 18, ed Trekell p. 83 sq.

8) Paul. V, 33 §. 1—8. L. 6 §. 6 C. de app. Daraus erklärt sich L. 8 §. 8 f. D. mand. (17, 1).

9) Tac. A. XIV, 28. 10) Paul. V, 33 §. 1.

11) L. 6 §. 6 C. de app.

Digitized by Google

lant causas oder causam (denn es genügt, wenn auch nur eine Beschwerde gegründet ist[12])) appellationis reddere, *agere*, *dicere*, welche Ausdrücke, zumal da auch von einer responsio des Gegners die Rede ist, auf abermals mündliche Verhandlung hinweisen[13]). Dabey konnte man auch die Beschwerden ändern[14]), und inzwischen, oder wohl schon vorher, mußten die Apostel übergeben werden[15]). Ueberhaupt erhellt für jezt noch nicht, binnen welcher Frist die Appellation von Seiten der Partey bey der Oberbehörde eingeführt werden mußte. Nimmt der Richter, von welchem appellirt wird, die Berufung gar nicht an (appellatione non *recepta*), so kann man sie dann freylich schlechtweg und binnen gewisser Frist, mit der Bemerkung, die Appellation sey vom Unterrichter nicht recipirt worden, bey der Oberbehörde einbringen[16]). Jener aber ist durch kaiserliche Constitutionen verpflichtet, sogleich Bericht einzusenden, seine Gründe anzugeben, und den Parteyen Abschrift zugehen zu lassen. Wenn jemand durch Gewalt des Richters verhindert die libelli öffentlich bekannt macht, so lassen das die Kaiser dennoch als Appellation gelten; obgleich eine blos angebliche Furcht nicht berücksichtigt wird, da man in der Regel die Sache immerhin an die Oberbehörde bringen kann[17]).

12) L. 13 §. 1 D. de app.

13) Rubr. Paul. V, 35. D. an per alium causae appellationum reddi possunt (49, 9). L. 1 pr. §. 1 D. si pendente app. mors (49, 13). — L. 41 D. fam. erc. (10, 2).

14) L. 3 §. ult. D. de app.

15) Arg. L. 3 §. 3 mit §. 2, L. 13 §. 1 mit pr. D. de app., auch L. 7 eod.

16) L. 5 pr. § 1 — §. ult. D. de app. rec. (49, 5). Ob diese „constituta tempora" (L. 5 §. 5 cit.) diejenigen sind, wegen deren sich L. 67 C. Th. de app. (11, 31) oder L. 31 C. de app. (7, 62) bey nicht recipirter Appellation oder Verweigerung der Apostel auf das jus antiquum beruft, steht dahin.

17) L. 7, 25 D. de app. — L. ult. pr. D. quod met. caus. (4, 2). In L. 1 C. de app. sagt Diocletian: „Ibi justi timoris cessat praesumptio, ubi Principis est copia."

Digitized

Weiſt der Oberrichter eine Appellation zurück, ſo geſchieht es durch den (wiederum mündlichen) Ausſpruch: „injustam esse," ſowie, wenn er ſie begründet fand: „justam esse" appellationem oder provocationem, die Formel war [18]), auf welche in dieſem Falle freylich das abändernde Erkenntniß folgen mußte. 4. Schon die Einwendung der Appellation bewirkt das, was wir den Suspenſiveffect nennen, d. h., daß vorerſt keine Veränderung in dem Stand der Sache vorgenommen werden darf, mag nun der judex a quo die Berufung angenommen oder verworfen haben [19]). Jedoch muß ſich der zur Herausgabe eines Objectes verurtheilte Beſitzer, wenn er appellirt, und Gefahr der Verwüſtung eintritt, nach kaiſerlichen Reſcripten die Sequeſtration der Revenuen gefallen laſſen [20]). Wird die Appellation verworfen, und folglich das vorige Urtheil beſtätigt, ſo tritt es rückwärts vom Augenblicke, da es gefällt worden iſt, in Wirkſamkeit [21]). Daß der zurückgewieſene Appellant die durch die Appellation verurſachten Koſten vierfach erſtatten ſoll [22]), iſt auf jeden Fall ſpäterhin abgekommen, und von Diocletian und Maximian wird der Richter nur im Allgemeinen zur arbiträren Beſtrafung deſſen, welcher temere appellirt hat, angewieſen [23]). 5. S. g. nova konnten zur Zeit in der Appellationsinſtanz ohne Zweifel vorgebracht werden, da man an ſolche Beſchränkungen überhaupt zunächſt gar nicht dachte, ſo daß auch noch Diocletian und Maximian an neuen Allegationen kein Bedenken finden,

18) L. 6 D. de his qui not. (3, 2). L. 39 pr. D. de min. (4, 4). L. 20, L. 57 f. D. de adm. tut. (26, 7). L. ult. D. de re jud. (42, 1) oder L. 24 pr. D. de app. L. 2 pr. D. quando app. Paul. V, 37. L. 6 C. de app. u. ſ. w.

19) D. nihil innovari appellatione interposita (49, 7). L. 3 C. de app.

20) Paul. V, 36. L. 2 §. 3 D. de app. Symm. X, ep. 45.

21) L. 6 §. 1 D. de his qui not. (3, 2).

22) So Paul. V, 37. 23) L. 6 §. 4 C. de app.

indem es ja auf materielle Gerechtigkeit ankomme [24]). 6. Die Appellation in Einer Sache ist kein Grund, eine andere nicht bey dem Unterrichter durchführen zu wollen, da man ja aufs Neue appelliren konnte [25]), aber wer appellirend den Unterrichter beleidigt, wird ex officio bestraft [26]).

Die Appellationen seit Diocletian und Constantin.

§. 172.

1. Die Behörden.

Aus dem in §§. 20 fgg. geschilderten Verhältnisse der verschiedenen Behörden dieser Zeit ergibt sich im Ganzen auch der Instanzenzug, besonders in Bezug auf die inferiores judices. Was die höheren betrifft, so geht in Rom selbst die Appellation fortwährend von den Prätoren an den praefectus urbi [1]), und auch in Constantinopel ist ein solcher ernannt worden, vgl. §. 20, Not. 10). Von den Provinzialvorstehern aber provocirte man an den praefectus urbi oder an den praefectus praetorio. Constantius hat die Appellationen aus den sämmtlichen Provinzen Italiens dem praefectus urbi entzogen, und an den praefectus praetorio Italiae gewiesen [2]), obwohl die urbicariae regiones [3]) dem praefectus urbi gewiß verblieben sind [4]), an welchen auch in der

24) L. 6 §. 1 C. cit.

25) D. apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellendum (49, 12).

26) Paul. V, 35 §. 3. L. 42 D. de injur. (47, 10). L. 8 D. de app.

1) L. 17 C. de app. (7, 62) verb. mit L. 13 C. Th. de app. (11, 30).

2) L. 27 C. Th. eod. (357), wo nach Aufzählung mehrerer italischen Provinzen hinzugefügt wird: „*et ceteris.*“

3) Der Ausdruck kömmt um diese Zeit, a. 359, zuerst vor, L. 9 C. Th. de extraord. munerib. (11, 16). S. auch L. 1 C. Th. de calcis coct. (14, 6).

4) L. 13 C. Th. de accusat. (9, 1). *J. Gothofr.* ad L. 27 cit. T. IV, p. 259.

Folge wieder, wenigstens aus einigen Provinzen Italiens, zu appelliren gesezlich gestattet wurde[5]). Valentinian III. hat die Appellationen aus den africanischen, Roms Herrschaft noch unterworfenen Provinzen an den praefectus urbi, nämlich in Rom, gewiesen[6]). Für die lezte Zeit vor und unter Justinian fällt mit der Herrschaft über den Occident die ganze Sache ohnehin weg. Außerdem aber hat Constantius aus einer Reihe bestimmt bezeichneter Provinzen an den Präfect der Stadt Constantinopel appelliren lassen[7]), woran nachher geändert worden seyn muß, indem Valentinian, Theodos und Arcadius zwey schon in jenem Gesetze genannte Provinzen wieder aufs Neue an den praefectus urbi verweist, sowie auch das dort nicht genannte Paphlagonien[8]), und dabey ist es auch unter Justinian geblieben[9]). Vom praefectus urbi ging die Appellation noch immer, sowie von Allen, welche *vice sacra* judicirten (s. §. 20), an den Kaiser[10]), der fortwährend in lezter Instanz Recht sprach[11]), eben so aber auch die praefecti praetorio seit einer Verordnung Con-

5) Cassiod. Var. VI, 4. Symm. epp. II, 30. X, 51. II, 44. — *J. Goth.* l. c.

6) Nov. Theod. 23 oder Nov. Valent. lib. 2, T. 19. Die Hauptstadt Africas war nämlich verloren gegangen, u. somit auch der Proconsul Africas weggefallen, Löhr Uebers. 2, S. 53, Not. 3).

7) L. 1 Tit. nov. C. Th. de off. praef. urbis (1, 6) v. J. 361 oder L. 23 C. de app. (ohne Jahrzahl).

8) L. 10 C. Th. de off. praef. urb.

9) Der L. 1 C. Th. cit. ist als L. 23 C. cit. nur noch Paphlagonia (aus der L. 10 C. Th. cit.) beygefügt worden, vgl. *Wenck* p. 39, not. 9).

10) L. 16 C. Th. de app. od. L. 19 C. de app.

11) L. 11, 23, 30 C. Th. de app. od. L. 2 C. de his qui per met. (7, 67). — L. 2 C. Th. de his qui per met. (11, 34). Den Senatoren war ausnahmsweise das Recht gegeben, daß gegen sie vom praef. urbi nicht weiter appellirt werden könnte, was aber bald durch jene L. 23 wieder aufgehoben wurde, s. *J. Gothofr.* ad L. 23 cit.

Digitized by Google

stantins, wonach von ihnen nicht weiter appellirt werden konnte[12]), obwohl hier in der Folge ein anderes Auskunftsmittel getroffen wurde, s. §. 177. An den praefectus praetorio geht aber die Appellation in der Regel von allen unmittelbar unter den Präfecten stehenden Behörden, sofern sie nicht an den praefectus urbi oder an den Kaiser gewiesen ist[13]). Vom rationalis in Rom, wenn er ausnahmsweise unter Privaten judicirt, geht die Appellation nach einer Verordnung Constantins an den praef. urbi, in fiscalischen Sachen aber für jezt noch an den Kaiser[14]), bis späterhin die comites (S. L. u. R. P.) den Kaiser hierin vertraten[15]). Valentinian II. hat das einmal insofern geändert, als man sich gegen den Rationalis zunächst an dieselbe Behörde, wie die Privaten, also namentlich an den Proconsul u. s. w. wenden soll, und dann erst an den Kaiser[16]), womit auch Valentinian III. übereinstimmte[17]). Nach einer Constitution von Theodos II. soll vom Rationalis

---

12) L. 16 C. Th. de app. od. L. 19 C. de app. Aurelius in L. un. §. 1 D. de off. praef. praet. (1, 11), Hermogenian in L. 17 D. de min. (4, 4). Vgl. auch L. 30, L. 32 § 5 C. de app. L. 8 C. de episc. aud. (1, 4). Nov. Theod. 6, lib. 1, tit. 13 od. L. un. C. de sent. praef. praet. (7, 42). Cassiod. Var. V, 3. Inc. auctoris magistratuum etc. exp. fol. 42 b, l. 7, 8, ed. Huschke (§. 168, Not. 7)). Lydus de magistr. III, 42 u. dazu *Huschke* l. c. p. 120 sq. Vgl. Bd. 1, §. 104, Not. 7). — Daß es auch unzulässig geworden vom praef. urbi zu appelliren, behauptet zwar *J. Gothofr.* ad L. 11 C. Th. de app., T. IV, p. 244b. Allein aus L. 20 C. Th. quor. app. non rec. (11, 36) und der s. g. L. 2 C. Th. de pact. (aus der consult. c. 9), auf die er sich beruft, geht das so wenig hervor, als daraus, daß Symm. epp. X, 55 eine solche provocatio *inusitata* nennt. Daß unter Zeno vom praef. urbi appellirt werden konnte, L. 12 §. 7 C. de aedif. priv. (8, 10), gibt Gothofred selbst zu.

13) L. 16 C. Th. oder L. 19 C. citt. Vgl. *J. Gothofr.* ibid.

14) L. 18 C. Th. de app.

15) L. 28, 39, 41, 45 (od. L. 26 C. de app.), L. 46 C. Th. eod.

16) L. 41 C. Th. cit. 17) L. ult. C. Th. eod.

Digitized by Google

in Rom an den praef. urbi nur dann appellirt werden, wenn der Gegenstand bis zu 200 Pfund Silber beträgt, sonst aber an den comes rei priv.[18]). In Justinians Compilation ist nur noch von der Appellation an den comes R. P. die Rede, welcher an irgend einen Provinzialvorsteher delegiren kann[19]). Theodos II. und Valentinian haben die Appellationen an den Kaiser etwas beschränkt[20]), und auch noch Justinian hat deshalb, und mit Rücksicht auf den Betrag des Streitobjects, einige Bestimmungen getroffen[21]). Eine bestimmte Instanzenzahl gibt es auch im neusten Rechte nicht, aber man darf keine Zwischenbehörde überspringen, und nur eine dritte Appellation über denselben Punct, also die Anrufung einer vierten Instanz, hat Justinian untersagt[22]).

§. 173.

2. Zulässigkeit und Gegenstand *).

Die früher unzulässigen Appellationen bleiben es fortwährend[1]), und es treten vielmehr neue Beschränkungen des allzu leichtsinnigen oder überflüssigen Appellirens ein, wiewohl auch auf der andern Seite die Willkühr der das Appelliren erschwerenden oder hindernden Richter gezügelt wird[2]). Thörichter Weise nämlich fanden sich diese oft durch die Appellationen wirklich oder angeblicher Weise ge-

18) L. 49 C. Th. eod. 19) L. 26 C. cit.

20) L. 32 C. de app. S. Löhr Uebers. 2, S. 53.

21) L. 37, 38 C. eod.

22) L. un. init. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare (7, 70). Dieses Gesez hat die Veranlassung zu der neueren Theorie über das erst nach drey conformen Urtheilen nicht mehr zulässige Appelliren gegeben.

*) C. Th. quorum appellationes non recipiantur (11, 36). C. quor. app. non recipiuntur (7, 65).

1) S. die in Justinians Compilation übergegangenen Stellen des §. 170.

2) Beyde Punkte zusammen berührt schon Constantins L. 2 C. Th. de app. (11, 30).

Digitized by Google

kränkt[3]), und ſuchen es (etwa auch im Bewußtſeyn ihres Unrechts[4])) bald zu verzögern, bald zu hintertreiben, indem ſie deshalb an den Kaiſer referiren[5]), oder durch Einſchüchterung der Partey[6]), oder auch durch wirklichen Zwang, mittelſt Gefängniß, Beſchimpfung und Anderes der Art[7]), was auch hin und wieder ſchon früher vorgekommen und von den Kaiſern gerügt worden iſt[8]). Dergleichen haben nun auch die chriſtlichen Kaiſer bereits von Conſtantin an fortwährend durch Strafgebote zu hindern geſucht[9]). Was den andern Punct betrifft, ſo unterſagt Conſtantin die zur bloßen Zögerung interponirten[10]), nämlich insbeſondere die vor dem Definitivbeſcheide „ab articulis praejudiciisque“[11]) erhobenen Appellationen[12]). Es iſt das nachher oft und in verſchiedenen, an verſchiedene Behörden adreſſirten Conſtitutionen wiederholt, und dabey theils die appellirende Partey mit wechſelnden Strafen bedroht worden, theils der Richter, welcher eine ſolche Appellation annimmt, und dadurch auch litem suam zu machen befürchten muß[13]). Daſſelbe gilt ferner hinſichtlich der ſchon vorher

3) L. 2 (L. 21 C.), 11 (daraus L. 16 C.), 13, 15, 20, 22, 25 (L. 21 C.) 33, 51, 58) (L. 30 C.), 59 C. Th. de app. L. 2 C. Th. de relat. (11, 29) oder L. 1 C. eod. (7, 61).

4) — „prava conscientia“ —. L. 31 C. Th. de app.

5) L. 2 C. Th. oder L. 1 C. de relat. L. 13 C. Th. de app. L. nova 4 (bey Wenck) C. Th. de off. pr. praet. (1, 5).

6) Tit. de his qui per metum judicis non appellaverunt C. Th. 11, 34. C. 11, 67.

7) L. 2 (L. 1 C.), 4, 15, 22, 58 C. Th. (L. 30 C.) de app.

8) L. 25 D. de app. (49, 1).

9) S. die vorigen Noten, Löhr Ueberſicht 1, S. 29, Not. 4).

10) L. 1 C. Th. ht. (11, 36): Moratorias dilationes, frustratoriasque non tam appellationes quam ludificationes admitti non convenit. L. 9, 10 eod.

11) Praejudicium iſt hier eine prozeßleitende, die Ordnung der Verhandlung betreffende Weiſung, L. 3 C. Th. de div. rescr. (1, 2) u. daſ. *J. Gothofr.* T. I, p. 17.

12) L. 1 C. Th. cit. u. die dazu gehörige L. 2 C. Th. de app.

13) Nicht vor der Definitive: L. 50 C. Th. de app. L. 18,

unzulässig gewesenen Appellation von den Executoren eines bereits rechtskräftigen Urtheils[14]). Zu den inappellabeln Interlocuten gehört aber nicht die Verwerfung einer peremtorischen Einrede. Valentinian I. sezt bey Erneuerung des Grundsatzes, daß nicht vor der Definitive appellirt werden könne, voraus, daß der Prozeß bey einem competenten Richter eröffnet worden, und fügt als schon im alten Rechte begründete Ausnahme auch noch die einer opponirten exceptio (peremtoria nämlich) hinzu, sowie, wenn die zur Verhandlung oder zur Beweisführung nöthige Frist ungerechter oder ungeduldiger Weise verweigert worden. Auch von der Execution soll appellirt werden können, sobald die Sentenz überschritten worden[15]). Das Leztere wiederholt auch Gratian mit Bestimmungen über Sequestration der exequirten Gegenstände[16]). Zu gleicher Zeit verordnet derselbe, daß, wenn ein Richter, von welchem die Appellation an den Kaiser geht, eine peremtorische Exception verworfen habe, vorerst die Verwerfung aller übrigen abgewartet werden müsse, bis man appelliren könne; zwar soll man immerhin, auch nach Eingang der kaiserlichen Erwiederung, noch andere Präscriptionen vorbringen, aber alsdann über ihre Verwerfung nicht abermals an den Kaiser appelliren dürfen. Geht jedoch die Appellation an irgend einen andern Richter, so bleibt es bey der alten Weise, d. h., es kann über die Verwerfung einer jeden einzelnen Präscription immer wieder aufs Neue appellirt werden[17]). — In Justinians Compilation ist Gratians Gesez über die Appella-

29 (L. 7 C.) ht. Nicht ab articulo s. interlocutoria: L. 65 C. Th. de app. L. 1, 3, 23 C. Th. ht. Nicht a praejudicio: L. 25 (veränd. L. 21), 40, 44 C. Th. de app. L. 1, 2, 3, 5, 11, 15, 16, 18, 30 C. Th. ht.

14) L. 2, 15, 16, 18 C. Th. ht. L. 25 (L. 21 C.), 39 C. Th. de app. L. 3, 11, 16, 25 (L. 5 C.), 30 C. Th. ht.

15) L. 18 C. Th. ht.

16) L. 25 C. Th. L. 5 C. ht.

17) So hat auch J. Gothofred die Verordnung verstanden,

tion bey der Execution, aber keine von allen den Constitutionen aufgenommen worden, welche im Allgemeinen die Appellation gegen Zwischenbescheide verbieten oder ausnahmsweise erlauben. Vielmehr hat Justinian selbst ganz im Allgemeinen und ohne einer Ausnahme zu gedenken nur gegen eine Definitivsentenz zu appelliren gestattet[18]). Uebrigens bleibt es dabey, daß auch in geringfügigen Sachen (eine von Valentinian III. herrührende Beschränkung der Appellationen auf einen 100 solidi übersteigenden Betrag[19]) ist nicht recipirt worden) und wegen Nebenpunkte appellirt werden konnte[20]), z. B. der Kosten halber[21]). Nur soll, verordnet Justinian, im Falle der unterliegende Theil provocirt, der Sieger des bloßen Kostenpunktes wegen keine selbstständige Appellation ergreifen, indem hier der Oberrichter schon von Amtswegen oder wenigstens nur durch eine Consultation veranlaßt, die gerechte Hülfe gewähren muß[22]). Auch hat nach einer anderen Verordnung dieses Kaisers der verschiedene Betrag des Streitobjects auf die Art der richterlichen Behandlung der erhobenen Appellation, nicht auf deren Zulässigkeit selbst einen Einfluß[23]). — Ueber die Gestattung der Appellation in fiscalischen und kaiserlichen Privatsachen hat die Meinung der Kaiser gewechselt[24]). In Justinians Com-

---

die aus L. 37 C. Th. de app. u. L. 23, 24 (u. 25) C. Th. ht. zusammenzusetzen ist. Vgl. auch L. 3 C. Th. de div. rescr. (1, 2).

18) L. 36 C. de app., rest. v. *Cujac.* Obss. XII, 3. — L. 16 C. de jud. (3, 1). L. ult. C. de sent. et interl. (7, 45).

19) Nov. Valent. 12.

20) S. ob. §. 170, Not. 23) u. Nov. 23, c. 1. — Lydus de magistr. II, 15: „— — Ad Imperatoris audientiam post appellationem mittebantur —. Imperator Romanorum humilis judicis munus subire, et lites vel minutissima forte in re judicare non recusabat."

21) L. 10 C. quando prov. (7, 64). Nov. 82, c. 10.

22) L. 10 C. cit. 23) L. 37 C. de app.

24) Dafür, nach der alten Sitte, Constantin, L. 8, 14 (18 C.),

pilation sind die verbietenden Bestimmungen nicht übergegangen. — Das alte Verbot der Appellation gegen angeordnete Testamentseröffnung, und Einweisung des eingesezten Erben in den Besiz (§. 170, Not. 20)), ist auch in einer Constitution von Gratian, mit Strafdrohung gegen die solche Appellationen annehmenden Richter, enthalten[25]). Daß bey dem interd. quorum bonorum[26]), und bey momenti actio[27]) nicht appellirt werden durfte, ist gleichfalls nicht erst eine Neuerung der Constitutionen, welche davon reden. Aber da auf der anderen Seite sowohl jenes int. adipisc. possessionis als die interdicta recuperandae poss. keine provisorischen Rechtsmittel sind (§. 71, Not. 20) u. §. 144, Not. 7)); so leidet es keinen Zweifel, daß nur der Suspensiveffect versagt, und folglich das Rechtsmittel der Supplication (§. 177) nicht abgeschnitten war[28]).

---

18 C. Th. de app. Constantius und Constans, L. 21, 28 C. Th. eod. Theodos I. u. Valentinian II., L. 39, 41, 45 (L. 26 C.), 46, 49 C. Th. eod. Honorius, L. 64 C. Th. eod. u. Valentinian III., L. ult. eod. Dagegen Constantius in L. 6 C. Th. ht. (11, 36), L. 6 C. Th. de jure fisci (10, 1). L. 8, 9, 10, 12, 13 C. Th. ht., wiewohl er doch hinsichtlich der bona vacantia, caduca u. der wegen Indignität eripirten eine Ausnahme macht, L. 26 C. Th. de app., u. ferner, wenigstens bey klarer (!) Schuld, Valentinian I., L. 18, 19, 21 C. Th. ht.

25) L. 26 C. Th. L. 6 C. ht.

26) L. 22 C. Th. h[illegible]

27) L. un. C. Th. si de momento fuerit appellatum (11, 37). L. un. C. si de momentanea possessione f. a. (7, 69). Symm. X, 41. *J. Gothofr.* ib. T. IV, p. 330. Auch L. 18 f. C. Th. ht., welche „universas appellationes, quas jura improbant", verwirft, bezieht man darauf.

28) L. un. C. Th. cit. ... „etsi appellatio fuerit interposita, tamen lata sententia sortiatur effectum: *atque ita demum ad nostram scientiam referatur.*" L. un. C. cit. G. F. Puchta in (Erl.) Jahrb. der jur. Lit. Bd. 9, S. 16 fg.

Digitized by Google

§. 174.

3. Das Verfahren *).

Im Wesentlichen besteht das alte, in Justinians Compilation geschilderte Verfahren (§. 171) auch jezt noch fort. 1. Daß es bey sogleich mündlich eingelegter Appellation der libelli nicht bedarf, das bestätigt Constantin ausdrücklich [1]). Die libelli appellatorii aber, deren ungehinderte Annahme den Unterrichtern oft und bey Strafe eingeschärft wird (§. 173 im A.), waren freylich das Uebliche re [2]), und bey der 2 resp. 3tägigen Frist ist es vorerst ebenfalls geblieben [3]). Die Zurücknahme der interponirten Appellation hatte Valentinian III. verboten [4]), jedoch Honorius insofern erlaubt, als es binnen drey Tagen nach der Oblation geschieht [5]). Justinian hat es aber unbedingt gestattet [6]). Auch hat er in einer Novelle den Interpositionstermin auf 10 Tage erweitert, ohne Unterschied, ob man in eigenem oder fremdem Namen handelt [7]). 2. Daß die apostoli von Amtswegen ausgefertigt, also nicht mehr binnen 5 Tagen eingefodert werden mußten, das war schon §. 171, nr. 2 bemerkt worden. Ferner kam Berichterstattung an den Oberrichter früherhin nur insofern vor, als sich die Partey wegen nicht recipirter Appellation selbst an ihn wenden mußte (§. 171, nr. 3). Blos in Criminalsachen gedenkt Diocletian eines solchen bey jeder Appellation zu fertigenden Berichts, welche „opinio" der appellirenden Partey abschriftlich zugestellt, und mit ihren refutatoriis li-

*) C. Th. de reparationibus appellationum (11, 31). C. de temporib. et reparationib. app. seu consultationum (7, 63).

1) L. 7 C. Th. de app. (11, 30). L. 14 C. eod. (7, 62). Vgl. L. 40 C. Th. eod.

2) L. 2 (L. 12 C.) L. 4, 22, 56 (L. 18 C.) eod.

3) Nov. 23 pr.

4) L. 48 C. Th. de app.

5) L. 56 eod.

6) Durch Interpolirung der L. 56 cit. als L. 28 C. de app.

7) Nov. 23, c. 1.

Digitized by Google

bellis (literis) an den Oberrichter eingesendet wurde [8]). Aber Constantin hat verordnet, daß wenn in einer Civilsache der Richter nach geschlossener Verhandlung erklärt habe, er wolle den Kaiser consultiren, binnen zehn Tagen eine Abschrift des Berichts (relatio, consultatio, s. §. 177) zu den Acten gegeben werden müsse, damit die Parteyen alsdann binnen den fünf folgenden Tagen ihre refutatorii libelli einreichen können, mit welchen, wenn es die Partey nicht versäumt hat, der Bericht samt den Acten eingesendet werden muß [9]). Eben das nun hat Constantin ganz beyläufig zugleich im Falle interponirter Appellation gefodert, also sowohl unmittelbar vor als nach der Sentenz [10]), auch bey fiscalischen Sachen; und zwar soll die Einsendung selbst von der Appellation oder versprochenen Relation an binnen 20 Tagen erfolgen [11]). Auch darf nach Verordnungen desselben Kaisers wer eine Relation versprochen hat nicht mehr ohne sie entscheiden [12]) und, wie auch wenn appellirt worden, keine der Parteyen mehr hören oder für sie handeln [13]). Jenen 20tägigen Termin hat Julian bey der Appellation vom vicarius urbi [14]) und bey den vor dem Urtheile versprochenen Relationen [15]), Valentinian aber [16]) und dann Honorius [17]) bey allen an den Kaiser gerichteten

---

8) L. 6 §. 3 C. de app.

9) L. 1 C. Th. de app. Auf dieses Gesez beruft sich L. 5, 8, 24 C. Th. ht. L. 5 C. Th. de relat. (11, 29).

10) L. 5 C. Th. de app. — — „vel appellationis a te interpositae solemnia completa fuerint" —. L. 8 eod. . . . „*ex eo die, quo fuerit quaestio terminata*, vel ex quo relationem judex per sententiam promiserit." L. 16 C. Th. oder L. 19 C. eod. . . . „ita ut appellanti judex praebeat opinionis exemplum, et acta cum refutatoriis partium suisque literis ad nos dirigat."

11) L. 8 C. Th. cit.

12) L. 2 C. Th. de relat. (11, 29). L. 1 C. de relat. (7, 61).

13) L. 5 C. Th. de app. L. 13 C. eod.

14) L. 29 C. Th. de app.

15) L. 31 C. Th. eod.

16) L. 32, 34 C. Th. eod.

17) L. 65 C. Th. eod.

Digitized by Google

Appellationen auf 30 Tage erweitert. Mit den meisten dieser gesezlichen Bestimmungen sind zugleich Strafdrohungen gegen die sie übertretenden und den Gang der Appellation hemmenden, oder die kaiserliche Entscheidung nicht sogleich mittheilenden Richter verbunden [18]). So wie übrigens schon Constantin verordnete, daß die Richter durch Ermahnung der Parteyen für vollständige Verhandlung sorgen sollen, sowohl zum Zwecke der Urtheilsfassung (§. 153 a. E.), als der Berichterstattung [19]); so will dieser Kaiser auch, daß die Parteyen ihrer refutatio nichts einweben, was nicht vorher zur Sprache gekommen [20]). Justinian befiehlt, daß man bey Abfassung dieser, immer nur insofern als die Sache ins sacrum auditorium gebracht wurde, vorkommenden refutatorii libelli möglichst kurz seyn, was schon verhandelt worden nicht wiederholen, wohl aber seine Beschwerden darin vortragen und entwickeln soll [21]). Endlich wird in Justinians Compilation weder die 10 noch die 5tägige Frist erfodert. Die nicht durch Appellation veranlaßte Relation soll den Parteyen sogleich abschriftlich mitgetheilt und eingesandt werden [22]). Bey irgend einer Appellation (nicht grade nur an den Kaiser) sollen die Acten mit einem Berichte binnen 30 Tagen den Parteyen zugestellt werden [23]). Das scheint auch der Termin für die Ausfertigung

---

18) S. noch L. 6, 8, 11, 14, 16 C. Th. de app. L. 3, 4, 5 C. Th. de relat. u. den Anf. des vor. §. — Symm. II, 30. X, 46. Löhr Ueberf. 1, S. 27, Not. 1).

19) L. 1 C. Th. de judic. (2, 18), L. 9 C. eod. (3, 1). L. 11 C. Th. de app.

20) L. 11 C. Th. cit. S. auch L. 52 C. Th. de app.

21) L. 39 pr. §. 1 C. de app.

22) „Consultationis exemplum litigatoribus illico edi apud acta" u. s. w. sind die Worte, welche in L. 1 f. C. de relat. dem Constantin (L. 1 init. ist aus L. 2 C. Th. de relat.) in den Mund gelegt werden.

23) So ist L. 32 C. Th. de app. interpolirt als L. 24 C. de app. Vgl. *J. Gothofr.* ad L. 32, T. IV, p. 264.

Digitized by Google

der Apostel gewesen zu seyn. Wenn aber, verordnet Justinian in einer Novelle, der Richter nicht binnen 30 Tagen vom Augenblicke der interponirten und gesezlich zulässigen Appellation an, die Acten den Parteyen übergibt, damit diese solche dem Oberrichter zustellen können, so müsse er, wenn die Sentenz durch diese Zögerung rechtskräftig werde, für den entstandenen Schaden selbst haften [24]).

§. 175.

Fortsetzung (Einführung der Appellation).

Es entsteht nun 3. die Frage: binnen welcher Frist muß die vor Justinian durch den Unterrichter, im Justin. Recht durch die Partey selbst an den Oberrichter gebrachte Appellation dort gerechtfertigt, d. h. wann soll da das negotium perorirt, ad *audientiam* des Oberrichters gebracht, also daselbst mündlich von beyden Seiten verhandelt werden [1]); mit andern Worten: welches ist das tempus *exequendae* appellationis? Diese Frist nun scheint zunächst eine viermonatliche gewesen zu seyn, weil so lange die den Erben der unterdessen verstorbenen Partey [2]) vom Tode an [3]) gestattete Erneuerung dauert. In erster Instanz galt dieser

24) Nov. 126, c. 3.

1) Negotium peroratum in L. 64 C. Th. de app. Negotium perorare, L. un. C. Th. si pend. app. (11, 35). Audientia judicis, L. 3 C. Th. ht. (11, 31). *Dicendi* negotii temporibus exoussis, L. 7 C. Th. eod. u. s. w., wie auch in erster Instanz von *dici* controversiae die Rede ist, L. 3 C. Th. L. 24 C. de procur., u. überhaupt der Proconsul „publice audire" soll, L. 1 tit. nov. C. Th. de off. proc. (1, 12 bey Wenck). — Die Audienz beym praef. praetor. beschreibt Lydus de mag. I, 16, u. es ist da von „*dicentium oratio* tota ad divinum judicem conversa" die Rede.

2) Im älteren Rechte hat der bey schwebender Appellation eingetretene Todesfall nichts Besonderes, der Erbe kann, aber muß in der Regel nicht die Appellation fortsetzen, Tit. si pendente appellatione mors intervenerit, D. 49, 13. C. 7, 66.

3) Constantins Söhne haben den Anfangstermin erweitert, s. §. 143 a. E.

Digitized by Google

Grundsaz ebenfalls, welchen Constantin auf die richterliche Anfrage, ob in zweyter Instanz nicht dennoch nur die übrig bleibenden Tage den Erben offen stehen sollen, auch hier eingeführt hat [4]). Eine reparatio, redintegratio der ohne Schuld des Appellanten abgelaufenen Frist muß derselbe nach mehreren Verordnungen Valentinians I. binnen 3 Monaten, oder wenn von den Municipalmagistraten oder vom pedaneus judex appellirt wird, binnen 30 Tagen nachsuchen, und binnen derselben Zeit den Gegner von der gewährten reparatio in Kenntniß setzen. Findet er sich alsdann nicht zur rechten Zeit ein, so wird in seiner Abwesenheit verhandelt und entschieden, erscheint der Appellant nicht, so wird ohne Weiteres das frühere Urtheil bestätigt [5]). Ist die erneuerte Frist abgelaufen, so kann eine zweyte reparatio regelmäßiger Weise nicht gegeben werden, wie das auch in erster Instanz bey den Denuntiationen schon von Constantin ausgesprochen worden ist [6]). Nur ausnahmsweise gestattet Valentinian eine solche zweyte reparatio, wenn nicht die Schuld der Partey, sondern Krankheit des Richters oder Staatsangelegenheiten die Benutzung der vorigen Frist verhindert haben [7]). Ist aber der Richter in Schuld, so muß er, gleichfalls schon nach einem von Valentinian bestätigten Gesetze Constantins, und wie in

---

4) L. un. C. Th. si pendente app. mors interv. (11, 35), L. ult. C. eod. vgl. mit L. 3 C. Th. de temp. cursu (2, 6). S. §. 143 a. E.

5) L. 1, 3, 4, 5, 6 C. Th. ht. (11, 31). — Die L. 5 ermahnt den Appellaten sich umzusehen, ob der Appellant binnen der gehörigen Zeit eine neue Frist nachsuche, und schreibt ferner die Form der Denuntiation für den Fall vor, daß sich der Appellat nicht finden läßt. — Wer durch feindlichen Einfall abgehalten die reparatio binnen der rechten Zeit nicht nachsuchen konnte, dem sagt L. 7 C. Th. eod. Hülfe zu.

6) Vgl. §. 143, u. den Ausdruck praescriptio legis in L. 2 C. Th. ht. — Symm. LII, 10.

7) L. 2 C. Th. cit.

Digitized by Google

erſter Inſtanz, den Werth des ſtreitigen Gegenſtands ſelbſt erſetzen [8]). In dringenden Fällen betrug das tempus exequendae appellationis zu Valentinians I. Zeit zwey Monate [9]), und Arcadius und Theodos II. beſtätigen die „lex antiqua," wonach dieſe Friſt, wenn von einem pedaneus judex appellirt wird, in derſelben oder in einer benachbarten Provinz 2 Monate beträgt, und noch auf 30 Tage erſtreckt werden darf, in einer entfernten aber, nach Analogie der Appellation von der Entſcheidung der Provinzialvorſteher, 6 Monate, die auf noch 3 Monate erſtreckt werden können [10]). Theodos II. will ferner, daß aus Gründen (Krankheit, unvermeidliche Geſchäfte des Richters oder der Parteyen, auch Verhinderung des Anwalts) zweymal, durchaus aber nicht dreymal reparatio gegeben werde. Um die erſte muß in den alten Friſten, nämlich vom arbiter in 30 Tagen, vom judex in 3, oder, wenn der Gegner in einer entfernten Provinz wohnt, binnen 4 Monaten nachgeſucht werden. Die zweyte reparatio wird dort und hier binnen 3 resp. 4 Monaten erbeten. Dem Gegner muß binnen derſelben Zeit Anzeige gemacht, und gegen die, welche ſich dieſer entziehen, iſt die vom Kaiſer deshalb vorgeſchriebene Form zu beobachten [11]). In fiscaliſchen Sachen iſt ſowohl die Friſt, binnen welcher der richterliche Bericht zu fertigen iſt, als die der Introduction und nachzuſuchenden Reparation, von verſchiedenen Kaiſern verſchiedenartig beſtimmt worden [12]). — Von allen in die-

8) L. un. C. Th. de secundo lapsu (11, 32) mit L. 2 C. Th. de temp. cursu (2, 6). Vgl. §. 143.

9) L. 3 f. C. Th. ht. Vgl. L. 10, 19, 41, 63, 67 C. Th. de app. L. ult. C. Th. ht. L. 2 C. Th. de decur. (12, 1).

10) L. 63 C. Th. de app.

11) L. 9 C. Th. ht. Das Geſez, welches dieſer Form gedenkt, fehlt uns. Sie iſt wohl ähnlich der in L. 5 C. Th. eod. enthaltenen, ſ. Not. 5).

12) S. L. 28 C. Th. de app. von Conſtantins Söhnen, L. 41 C. Th. eod. L. 13 C. Th. de jure fisci (10, 1), L. 45, 46

Digitized by Google

sem §. angeführten Gesetzen ist keines in Justinians Compilation aufgenommen worden, weil eine nur auf diesem Wege zu uns gekommene und reformirende Novelle Theodos II. an die Stelle getreten[13]). Danach soll es jezt also gehalten werden[14]). „Wenn von einem vir clarissimus oder spectabilis appellirt worden, so ist der lezte Tag des 6ten Monats der Tag, wo die Verhandlungen über die Appellation anfangen sollen, erscheint der Appellant an diesem Tage nicht, so ist der darauf folgende 31te Tag der zweyte, hierauf der nächste 31te Tag der dritte, und verstreicht auch dieser ungenuzt, der jezt folgende 31te Tag der vierte dies fatalis. Handelt der Appellant auch an diesem Tage nicht, so kann er jezt noch binnen drey Tagen von dem Regenten eine neue Frist suchen. Hierdurch soll jedoch die Sache nie länger als drey Monate nach dem lezten dies fatalis hingehalten werden können, so zwar, daß, wenn der Regent noch den vorlezten Tag derselben eine Frist gestattet, und diese Gestattung bey dem P. P. angezeigt wird, diesem ungeachtet am lezten Tag die Appellation introducirt werden muß, wenn sie nicht desert werden soll. Ist von einem judex delegatus appellirt worden, der vom Kaiser in eine Provinz geschickt worden, so finden nach Ablauf des ersten Gerichtstags drey neue dies fatales Statt, ganz auf die eben angegebene Weise, dagegen ist schon nach Verlauf des 93ten Tags die Sache desert. Hat der P. P., der magister officiorum oder sonst ein illustris einen judex in der Stadt, ein spectabilis oder clarissimus einen Richter in der Provinz delegirt, so ist der erste dies fatalis der lezte Tag des 2ten Monats von interponirter Appellation, die drey andern

---

C. Th. de app. L. 49 eod. von Valentinian II., L. 64 C. Th. eod. von Honorius.

13) L. 2 C. ht. (7, 63). — *Cujac.* de divers. temp. praescr. et terminis, c. 16; opp. T. I, p. 529 sq. ed. Fabrot.

14) Der Inhalt ist hier mit den Worten Löhrs Uebers. 2, S. 54 fg. wiedergegeben.

Digitized by Google

werden wie in allen bisher aufgezählten Fällen gerechnet, eine Bitte um reparatio cursus ist auch hier nicht gestattet. Fällt der dies fatalis auf einen Ferientag, so muß die Appellation an dem unmittelbar vorhergehenden Tag introducirt werden. Wenn der Appellant etwas an den Solennitäten versäumt, so ist es so gut, als wenn er gar nicht appellirt hätte." — Justinian endlich erklärt noch auf das Bestimmteste, daß die festgesezten Fristen unter keinerley Vorwand verlängert oder erneuert werden würden, weshalb auch die gesta wenigstens vor Ablauf der halben Introductionsfrist bey der Oberbehörde eingesandt werden sollen[15]). Jedoch ändert er nachher die Fristen der Appellation an den Kaiser mit Rücksicht auf die Lage der Provinzen[16]), mildert die Strenge der Zurückweisung nach Verlauf des lezten fatalis dies, deren er vielmehr jezt 10 gestatten will[17]), beschränkt den zweyjährigen Termin, wo er gestattet war, auf Ein Jahr[18]), erlaubt die Fortsetzung der angefangenen Verhandlung an den folgenden Tagen[19]), wogegen auf den Fall, daß der Appellant die Sache nachher liegen läßt, und durch seine Abwesenheit den Gegner an weiterer Verfolgung hindert, nach Ablauf der gesezlichen Zeit die frühere Sentenz bestätigt wird; jener müßte denn unüberwindliche Hindernisse klar nachweisen, wo ihm dann aufs Neue ein Jahr vergönnt seyn soll[20]). Zugleich wird der schriftlich eingegangene Vertrag der Parteyen, nicht appelliren zu wollen (s. auch §. 170 bey Not. 14)) für wirksam erklärt[21]). Späterhin gibt der Kaiser aus Gründen noch ein Jahr zu, jedoch soll der Gegner des Appellanten diesen im lezten Monate der 2 Jahre zur Verhandlung auffodern, und, mag sich derselbe stellen oder nicht, einstweilen seine Gründe vortragen und die Entscheidung erwarten, die aber

15) L. 3 C. eod. 16) L. 5 pr. C. eod.
17) L. 5 §. 1 C. eod. 18) L. 5 § 2 eod.
19) L. 5 §. 3 eod. 20) L. 5 §. 4, 5 eod. Nov. 49, pr.
21) L. 5 §. 6 eod.

Digitized by Google

geändert werden kann, wenn sich der Appellant noch zu rechter Zeit einfindet. Er muß auf jeden Fall die Kosten der Säumniß tragen [22]). Für den Fall, daß durch inzwischen ernannte arbitri das biennium verstrichen ist, soll die Desertion nicht eintreten [23]). Hat sich der Appellant noch zu rechter Zeit gestellt, so kann ihm der Aufschub von Seiten des Richters nicht schaden [24]).

§. 176.

Fortsetzung.

4. Da man sich schon nach altem, auch wieder von Constantin bestätigten Rechte unmittelbar an den Oberrichter wenden kann, wenn der Unterrichter die Appellation nicht annimmt [1]), so soll es nach einer Verordnung desselben Kaisers nicht berücksichtigt, vielmehr streng bestraft werden, wenn man unter dem Vorwande, aus Furcht vor dem Richter nicht appellirt zu haben, den Prozeß zu erneuern versucht [2]). Zum Theil jedoch soll auch geholfen werden [3]), und Constantius will bey erwiesener Furcht immer reparatio eintreten lassen [4]). Julian dagegen läßt den Vorwand der Furcht nicht gelten. Wer aber durch wirkliche Gewalt am Appelliren gehindert worden, soll sich binnen der gesezlichen Fristen nach einer öffentlichen Contestation (ganz dem alten Rechte gemäß, §. 171 bey Not. 17)) an den Regenten wenden, was als Appellation betrachtet wird. Diese mit den Digesten übereinstimmende Constitution hat auch Justinian recipirt [5]). Theodos II. verordnet ebenfalls, daß wenn der Unterrichter die Appellation nicht an-

---

22) Nov. 49, pr. c. 1.

23) Nov. 93. 24) Nov. 119, c. 4.

1) Vgl. §. 171, nr. 3 u. L. 16, 17 C. Th. de app.

2) L. 1 C. Th. de his qui per met. (11, 34).

3) L. 2 f. eod.

4) L. 2 eod. Vgl. *J. Goth.* ad L. 1, 2 citt.

5) L. 30 C. Th. de app. L. 2 C. de his qui per met. (7, 67).

Digitized by Google

nimmt (also wohl auch, wenn er der Partey keinen Bericht zustellt) oder die Apostel nicht ausfertigt, hierüber Contestation eingelegt werden müsse, und zwar „secundum jus antiquum“ (§. 171, Not. 16)) binnen eines Jahres, sofern an den Pr. praet. oder urbi appellirt wird, außerdem binnen 6 Monaten, und wenn der Unterrichter ein arbiter binnen 4 Monaten. Hierauf aber laufen die gewöhnlichen Fristen zur Einführung der Appellation [6]). — So wie aber auf der Einen Seite die Richter, welche gerechte Appellationen nicht annehmen, bestraft werden (§. 173 im Anf.), so hat, da die alten Sponsionen weggefallen und die Bestrafung muthwilligen Appellirens arbiträr geworden (§. 171, nr. 2), namentlich schon Constantin die Parteyen, deren Appellation oder auch Supplication (§. 177) ungerecht und grundlos befunden worden, zum Theil mit unbegreiflich harten Strafen bedroht [7]). Verbotene [8]) Appellationen, wie die vor der Definitive, pflegten nach kaiserlichen Constitutionen mit einer praejudicialis genannten mulcta belegt zu werden, und zwar im Betrage von 50 Pfund Silber [9]), auch dann, wenn in den hier ausnahmsweise erlaubten Fällen grundlos appellirt wird [10]). Aber in anderen als in den gesezlich angeordneten Fällen dergleichen aufzuerlegen, wird von

---

6) L. 67 C. Th. de app. L. 31 C. eod.

7) L. un. (jezt bey *Wenck* L. 3) C. Th. de off. P. P. (1, 5) — Confiscation des halben Vermögens u. Relegation auf 2 Jahre, wenn der Appellant reich ist, u. wenn er arm ist 2 Jahre Bergwerksstrafe. — In Justinians Compilation ist das nicht übergegangen. — L. 16 C. Th. od. L. 19 C. de app. — Strafe der Infamie. —

8) Löhr Uebers. 1, S. 76 a. E. versteht das von allen grundlosen Appellationen (wofür aber andre Strafen angeordnet sind), u. bringt damit die Unzulässigkeit der Revocation (s. nr. 1) in Verbindung (was in den Quellen nicht geschieht).

9) L. 40, 50, 65 C. Th. de app. L. 10, 15, 16, 30 C. Th. quor. app. non rec. (11, 36). Symm. X, 29, 51.

10) L. 25 C. Th. quor. app. (11, 36), L. 5 C. eod. (7, 65).

Digitized by Google

Theodos I. ausdrücklich untersagt[11]). Bey Justinian kömmt diese mulcta nur in dem zulezt gedachten Verhältnisse vor. Auch hat er die Verordnung von Theodos I. und Arcadius nicht aufgenommen, daß der zweymal besiegte Besitzer bey abermaliger Appellation den Besiz der Sache verlieren soll[12]). — 5. Hinsichtlich der Wirkungen und namentlich der Suspensivkraft erhobener Appellation bleibt es ganz beym Alten. Was die vorher ohne nähere Bestimmung zulässig gewesene Beybringung von novis in der Appellationsinstanz (§. 171, nr. 5) betrifft, so haben Theodos I., Arcadius und Honorius verordnet, es könne in zweyter Instanz über nichts entschieden werden, worüber nicht schon in erster verhandelt worden[13]). Zwar ist das Gesez nicht in Justinians Compilation übergegangen, aber er hat selbst eine Constitution erlassen, deren Sinn der seyn muß: man dürfe zur Unterstützung des Grunds der Klage oder bereits vorgebrachter Einreden neue Thatsachen anführen und beweisen, auch sich neu aufgefundener Beweismittel bedienen, aber auf keinen Fall neue Angriffsbehauptungen aufstellen[14]). Außerdem hat Justinian[15]) auf den Fall, daß die Eine Partey appellirt, der andern erlaubt, ihre eigenen Beschwerden auch ohne selbstständige Appellation bey der bloßen Erwiederung geltend zu machen (s. g. Adhäsion), ja sogar, wie er es schon früher hinsichtlich des Kostenpunkts gethan (§. 173, bey Not. 22)), dem Richter zur Pflicht gemacht, von Amtswegen das, was den Appellaten beschwert zu berücksichtigen, sobald doch einmal die Sache an den Oberrichter gebracht worden ist („per

11) L. 43 C. Th. de app.

12) L. un. C. Th. de possessione ab eo, qui bis provocaverat, transferenda (11, 38).

13) L. 52 C. Th. de app.

14) L. 4 C. ht. (7, 63). So müssen also auch die nach L. 37 f. C. de app. erlaubten novae assertiones verstanden werden.

15) L. 39 pr. C. de app.

suum vigorem ejus partes adimplere"), also s. g. reformatio in pejus eingeführt [16]).

§. 177.

Supplicatio oder retractatio *).

Schon frühe pflegten sich die Parteyen an den Kaiser zu wenden zur Erlangung günstiger Rescripte [1]), die Richter durch consultatio oder relatio [2]), um vor der Entscheidung seine Willensmeinung zu erfahren, oder nachher Bericht erstattend, wenn Appellation dazu Veranlassung gab [3]). Jenes sollte freylich nur in wirklich zweifelhaften Fällen geschehen [4]), oder wo vom strengen Rechte abzuweichen, nothwendig schien [5]), in welchen Fällen es sogar zur Pflicht gemacht worden [6]), auch noch von Justinian [7]), der aber dennoch am Ende diese consultationes gänzlich aufgehoben hat [8]). — Ferner aber wendete man sich auch beschwerend (durch supplicatio) an den Kaiser, z. B. bey nicht angenommener Appellation [9]), bis endlich solche supplicationes als ein wirkliches zur Erlangung einer retractatio (Revision der Rechtssache) dienendes Rechtsmittel anerkannt wurden. Dieses Hülfsmittel war jedoch schon nach einer Verordnung Constantins durch die Unzulässigkeit

16) Der Ausdruck ist durch unrichtige Deutung dieser in L. 1 pr. D. de app. vorkommenden Worte veranlaßt worden.

*) T. de relationib. C. Th. 11, 29. C. 7, 61. — C. de app. *et consultationib.* (7, 62). S. auch §. 143, Not. 5). — Goldschmidt Abhh. S. 124 — 128.

1) S. §. 170, Not. 12), §. 143, Not. 5).

2) Daß Beydes synonym, darüber *J. Gothofr.* Paratitl. ad Tit. C. Th. de relat.

3) S. die vorigen §§.

4) L. 1, 4 C. Th. ht. L. 3 C. eod. (7, 61). L. 55 C. Th. de app.

5) L. 1 C. de legg. (1, 14). 6) L. 9, 11, 12 C. eod.

7) L. Tanta §. 21 fin. Nov. 82, c. 14. Nov. 113, c. 1 pr.

8) Nov. 125.

9) L. 5 §. 1 D. de app. rec. (49, 5). L. 6 C. Th. de app.

der Appellation bedingt, so daß mit Strafe der Deportation bedroht wird, wer eine erlaubte Appellation versäumt und supplicirt [10]). Damit hängen auch die Verfügungen Constantins und seiner Söhne über das aus Furcht unterlassene Appelliren zusammen (§. 176 am Anfg.), und die Strafe, mit welcher Constantin die muthwillige Appellation bedroht, betrifft auch die Supplication [11]). Man soll, will dieser Kaiser, „nec damnosa fisco nec juri contraria (!) verlangen" [12]). Ein auf eine Relation erlassenes kaiserliches Rescript ist unwiderruflich, und dagegen auch eine Supplication gleichfalls schon von Constantin bey Strafe, den Werth des Gegenstandes an den Fiscus zahlen zu müssen, verboten worden [13]). — Die Supplication konnte gegen die Sentenz gewöhnlicher Richter vorkommen [14]), wurde aber insbesondere gegen die inappellabel gewordene Entscheidung des Pr. Praet. (§. 172, Not. 12)) gebraucht, und hat vielleicht dadurch erst ihre Begründung als wirkliches Rechtsmittel erhalten [15]). Nämlich Valentinian und Valens verordnen, daß man gegen eine solche Sentenz nicht zum zweytenmale [16]), und Theodos und Valentinian, daß man auch gegen die zum Vortheil einer Curie, was ein früheres Gesez verboten hatte, oder irgend einer öffentlichen Anstalt erlassene Sentenz, jedoch in jenem Falle nur binnen

---

10) L. 17 C. Th de app. L. 3 C. ut lite pend. (1, 21).

11) S. §. 176, Not. 7). Am Ende der da cit. ersten Stelle heißt es: Quam legem in annotationibus quoque nostris de iterando post sententiam judicio custodire debebis.

12) L. 3 C. de precib. Imp. (1, 19).

13) L. 6 C. Th. de app. L. 2 C. ut lite pend. L. 9 C. Th. de app.

14) L. un. (3) f. C. Th. de off. P. P. (1, 5). Vgl. §. 173 a. E.

15) L. 5 C. de prec. Imp. off. (1, 19). Nov. Theodos. 6. L. 35 C. de app. L. un. C. ne lic. in una (7, 70). Nov. 82, c. 12. Nov. 119, c. 5.

16) L. 5 C. cit. v. J. 365.

Digitized by Google

2 Jahren nach Abgang des Präfecten, suppliciren dürfe [17]), und Justinian, daß gegen ein vom Pr. Pr. in dritter Instanz gesprochenes Urtheil auch die retractatio unzulässig sey [18]). Suspensivkraft hat dieses Rechtsmittel nicht, aber doch hat Justinian erlaubt, durch einen binnen 10 Tagen nach dem Erkenntniß eingereichten Libell zu erwirken, daß die Execution nur gegen Bürgschaft auf den Fall der künftigen Abänderung des Urtheils Statt finden könne [19]).

Anmerk. Noch ist ein Verbot von Valentinian und Valens zu erwähnen, daß nämlich die Parteyen einer durch Relation oder Supplication an den Kaiser gebrachten Sache nicht nachreisen sollen, widrigenfalls sie den halben Werth des Streitobjects an den Fiscus zahlen müssen [20]). Diese Verordnung hat Theodos I. dahin modificirt, daß sie nach Ablauf eines Jahres allerdings um die noch nicht erhaltene Entscheidung bitten dürfen; es muß dann eine Abschrift aller Verhandlungen und des richterlichen Berichts mitgebracht werden [21]), eine in der Folge mehrmals wiederholte Verfügung [22]). In Justinians Compilation ist von der Sache gar nicht die Rede.

Neunter Abschnitt.
Nachtheile und Nothwendigkeit des Prozessirens.

§. 178.
Pluris petitio *).

Der durch certa formula instruirte Richter muß absolvi-

17) Nov. Theod. 6. lib. 1. tit. 13. v. J. 439, woraus L. un. C. de sententiis praefector. pr. (7, 42). Vgl. *Ritter* ad Nov. cit., in Gothofr. Cod. Th. ed. R. T. VI, P. 2, p. 20—22.

18) L. un. C. ne lic. in una (7, 70). S. §. 172 a. E.

19) Nov. 119, c. 5. 20) L. 34 C. Th. de app.

21) L 47 C. Th. eod. 22) L. 54, 66 eod.

*) Gaj. IV, 53—60. §. 33—35 I. de actt. (4, 6). Paul. I.

Digitized by Google

ren, ſobald dem Kläger auch nur nicht vollſtändig das gebührt, worauf er intendirt hat. Auch kann er die nunmehr conſumirte Klage nicht etwa auf das Wenigere von Neuem anſtellen. Beydes ergibt ſich aus frühern Erörterungen, und das als Folge der pluris petitio genannte causa cadere [1]) iſt alſo inſofern nur eine Conſequenz jener formellen Grundſätze. Auch ſchon bey den legis actiones hatte das plus petere ein causa cadere zur Folge [2]), in welchem Umfange wiſſen wir freylich nicht; denn auch dort war ja nicht immer ein certum Gegenſtand des Rechtsſtreites. Im Formularprozeſſe kann nämlich durch incerta formula, weil nur ein unbeſtimmter Anſpruch in judicium deducirt wird, eine pluris petitio natürlicher Weiſe gar nicht [3]), und ferner kann eine ſolche auch nur in der *intentio* begangen werden [4]); ſo daß alſo der ganze Nachtheil der pluris petitio nicht, wie die eigentlichen poenae temere litigantium, auf beſondern poſitiven Normen beruht, wenn er auch freylich eine Folge anmaßlichen (zu weit greifenden) Prozeſſirens ſeyn mag [5]). Eine zu weit gehende condemnatio ſchadet dem Kläger nichts,

---

10. — C. de plus petitionibus (3, 10). *Dupont* ad Gaj. l. c. p. 98—102. Keller über Litiscont. S. 496 fgg.

1) Gaj. IV, 68. §. 33 init. I. de actt. Paul. I, 10, II, 5 §. 3. Consult. c. 5. Suet. Claud. c. 14. S. auch ob. §. 49 bey Not. 5).

2) Cic. de or. I, 36: „— alter *plus lege agendo petebat*, quam quantum lex in XII tab. permiserat: quod cum impetrasset, *causa caderet*, alter" etc. Auch Plaut. Mostell. A. 3, sc. 1, v. 120 sqq. — Daß deshalb nicht auf ein in den XII T. enthaltenes Verbot der plus petitio geſchloſſen werden könne: *J. Gothofr.* ad XII tab. und *Otto* thes. T. III. praef. p. 22. Dirkſen XII T. S. 125—127.

3) Gaj. IV, 54, Cic. pro Rosc. C. c. 4, auch L. 1 pr. D. de int. in j. (11, 1).

4) Gaj. IV, 58, 60. §. 33 I. cit.

5) Daher handelt auch Gajus bey Gelegenheit der Formeln, u. danach Juſtinian im Titel de actionib. von der pluris petitio, obwohl Beyde anderwärts beſondere Erörterungen über die poenae temere litigantium mittheilen, ſ. den folg. §. Keller, S. 497 fgg.

Digitized by Google

der (unvorsichtige) Beklagte wird dagegen leicht restituirt [6]). Umgekehrt eine zu niedrige condemnatio macht den Kläger des Restes verlustig, weil der Richter nicht darüber hinaus kann, und doch durch die intentio das Ganze in judicium deducirt und folglich consumirt ist; auch restituirt hier der Prätor nicht leicht [7]). Mit geringerer intentio hat es natürlicher Weise eine andere Bewandtniß, da der nicht in judicium deducirte Theil unter einer spätern Prätur noch immer wieder eingeklagt werden kann [8]). Noch weniger schadet es, wenn auf einen ganz andern Gegenstand, oder aus einem andern Grunde, oder gegen eine andere Person intendirt worden, insofern die richtige Klage dadurch unberührt bleibt, d. h. keiner rei in judicium deductae oder rei judicatae exceptio ausgesezt wird [9]). Daß re, tempore, loco, causa plus petirt werden könne, und zwar nicht blos bey persönlichen, sondern auch bey dinglichen Klagen [10]), bedarf keiner weitern Erläuterung [11]). Das plus und minus in der demonstratio ist ganz ohne Einfluß, weil diese weder wie die intentio in judicium deducirt, noch, wie die condemnatio, den Masstab der Verurtheilung ausmacht, so daß auch in prozessualischer Hinsicht der sprichwörtliche Ausdruck zur Anwendung kömmt: falsa demonstratio non nocet [12]). Der Meinung aber, als werde bey depositi und überhaupt bey jeder infamirenden actio allerdings eine pluris petitio durch die demonstratio begangen, d. h. dadurch Prozeßverlust erzeugt, widerspricht Gajus auf

---

6) Gaj. IV, 57: — in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Gaj. IV, 68.

7) Gaj. IV, 57. §. 33 I. cit.

8) Gaj. IV, 56 mit 122. S. §. 11.

9) Gaj. IV, 55. §. 35 I. de actt.

10) S. auch Vat. fr. §. 53.

11) Sie ist deutlich bey Gaj. IV, 53 u. in §. 53 I. cit. enthalten, aus welchem der lückenhafte Anfang der Stelle des Gajus, oder die p. 206, l 8—24 ergänzt werden muß, vgl. Hefftters Ausg.

12) Gaj. IV, 58, wo es freylich heißt: falsa demonstratione rem non perimi; vgl. dazu IV, 59.

Digitized by Google

das Bestimmteste, indem er unterscheidet, ob die formula in jus oder in factum concipirt worden. In jenem Falle ist die demonstratio von der intentio verschieden, in diesem aber bildet das, was dort als demonstratio hervortritt, die intentio (§. 51 a. E.), und da freylich wird durch eine bestimmte und zu weit gehende Designation eine pluris petitio begangen[13]). Restitution wurde übrigens nicht leicht gegen die Folgen einer wahren pluris petitio ertheilt[14]). — Als keine Formeln mehr concipirt worden sind, konnte es bey den bisher geschilderten Verhältnissen nicht überall bleiben. Aber durch Zeno's und Justinian's darüber erlassene Verordnungen hat die Sache freylich nur eine willkührliche Gestaltung erhalten[15]). Nach Zeno's Constitution[16]), welcher auch Justinian seine Zustimmung gibt, soll, wer zu früh geklagt hat, nach Verdoppelung der anfangs verstatteten Frist, und ohne daß für die Zwischenzeit Zinsen gefodert werden können, abermals klagen dürfen, sofern er freylich dem Beklagten die etwaigen Kosten des frühern Prozesses erstattet[17]). Wer aber zu wenig eingeklagt hatte, dem soll der Richter dennoch das ihm Gebührende zuerkennen[18]). Ueber jede andere als der Zeit nach begangene pluris petitio, erstreckt sich Justinians Constitution, wonach dem Beklagten der etwa dadurch entstandene Schaden, z. B. wegen höhern Sportelansatzes, dreyfach ersetzt werden soll. Unter pluris petitio wird dann aber auch jeder im Libelle zu hoch gestellte Antrag verstanden[19]). Eine andere, gegen eigentlichen Betrug gerichtete Verordnung Justinians ge-

13) Gaj. IV, 60.

14) Gaj. IV, 53 init. S. jedoch Suet. Claud. 14 u. §. 33 I. cit.

15) S. auch Consult. c. 5.

16) Restit. v. *Cujac.* Obss. XII, 21.

17) L. 1 C. ht. (3, 10). §. 10 I. de exc. (4, 13). §. 33 f. I. de actt.

18) L. 1 f. C. cit. §. 34 I. eod.

19) L. (rest.) 2 C. ht. § 24, 33 f. I. de actt.

Digitized by Google

fert, obwohl unter den Titel der pluris petitio gestellt[20]), doch eigentlich nicht in diese Kategorie.

§. 179.

Poenae temere litigantium*).

Sicherung der Parteyen gegen ungerechte Streitsucht hat das römische Recht auf verschiedene Weise zu erreichen gesucht, durch pecuniäre Nachtheile, durch Schande, durch Eidschwur[1]). Schon das sacramentum, und im Formularprozesse die poenalis sponsio, muß in der Beziehung bemerkt werden[2]). Ferner wird I. dem Kläger vom leugnenden Beklagten 1. in gewissen Fällen doppelter Ersaz gegeben. Die 12 Taf. haben das verordnet bey jeder durch Mancipation begründeten und abgeleugneten Verpflichtung[3]). Aber späterhin findet sich im Formularprozesse grade nur bey vier Klagen der Grundsaz lis infitiando crescit, d. h. es wird der in jure Leugnende, und natürlicher Weise in Folge der in der Formel selbst gegebenen Anweisung, auf die doppelte Geldsumme condemnirt. Diese Klagen sind: die judicati, depensi, damni injuriae actio[4]), und die auf certa res per damnationem legata[5]). Damit ist zu verbinden, was oben

20) L. 3 C. ht.

*) Gaj. IV, 171—182. I. de poena temere litigantium (4, 16). *Dupont*, p. 129—140. Auch Mittermaier, der gem. deutsche Prozeß ꝛc., H. 1, 2te A., Bonn 1822, S. 125 fg.

1) pr. I. ht. 2) Gaj. IV, 171 vgl. mit ob. §. 58.

3) Cic. de off. III, 16 vgl. mit Fest. v. Nuncupata, u. Paul. II, 17 §. 4.

4) Aus Cic. pro Tull. c. 41 ed. Peyr. u. H. glaubt Schrader in (Tüb.) krit. Ztschr. Bd. 1, H. 2, S. 136 fg. folgern zu dürfen, es sey die legis Aquil. actio ursprünglich u. zu Ciceros Zeit noch überhaupt aufs Doppelte gegangen, und erst nachher so beschränkt worden, was bedenklich ist.

5) Gaj. IV, 9, 171 ferner III, 127, 216. II, 282. — Paul. I, 19 §. 1. §. 1 I. ht., wo die Worte *vel tripli* unecht sind, vgl. die edit. von *Klenze* u. *Boecking*, p. 273, not. p). — §. ult. I. de o. q. q. e. c. — Paulus l. c. sezt noch hinzu: „item de modo agri,

Digitized by Google

§. 48 Not. 7), und was §. 137a a. E. bemerkt worden ist. Ferner konnte in denselben Fällen, in welchen infitiando lis crescit, auch ein bezahltes indebitum nicht zurückgefodert werden[6]). Das Alles ist im Ganzen auch ins Justinianeische Recht übergegangen, namentlich, was die legis Aquiliae actio betrifft[7]). Aber die depensi a. kömmt da ohnehin nicht vor, die judicati a. hat hier ihren pönalen Charakter verloren, und weil fideicommissi nomine nur immer in simplum geklagt werden konnte[8]), so hat auch die legati a. in Folge ihrer Gleichstellung mit fideicommissi petitio, jene Eigenthümlichkeit verloren; wogegen aber Justinian verordnet, daß alle „ecclesiis ceterisque venerabilibus locis" hinterlassenen Legate und Fideicommisse doppelt entrichtet werden sollten, sowohl wenn der Beschwerte leugnet, als wenn er es auch nur bis zur Vorladung kommen läßt, sowie solche indebite bezahlten Vermächtnisse auch nicht sollen zurückgefodert werden können[9]). — 2. Wo weder sponsionis noch jene dupli poena eintritt, und auch die Klage nicht ursprünglich schon pönal ist[10]), da erlaubt der Prätor, vom Beklagten den

---

cum a venditore emtor deceptus est", wo aber gewiß überhaupt, nicht erst im Falle des Leugnens das duplum bezahlt werden mußte. Eben so wird die depositi actio vom Prätor immer nur aufs Einfache, u. blos beym Depositum im Falle der Noth wegen jedes Dolus in duplum concipirt, §. 17 I. de actt. L. 1 §. 1 D. dep. (16, 3) vgl. mit Coll. X, 7 f. Hollweg Vers. S. 265 fg. Not. 20). Freylich könnte §. 26 I. u. Theoph. de actt. Bedenken erregen.

6) §. ult. I. de o. q. q. e. c. L. 4 C. de cond. ind. (4, 5).

7) §. ult. I. cit. §. 26 I. de actt. §. 1 I. ht. L. 23 §. 10 D. ad leg. Aq. (9, 2). L. 20 §. 4 de her. pet. (5, 3). L. 4 C. de lege Aq. (3, 35).

8) Gaj. II, 282.

9) L. 46 §. 7 C. de episc. (1, 3). §. ult. I. cit. §. 19 f. 23 f., 26 f. I. de actt. §. 1 I. ht.

10) Gaj. IV, 173. Auch etwa die erst im Falle der contumacia eintretende höhere Verurtheilung bey arbitrairen Klagen, §. 68

Eid zu fodern, daß er nicht aus Chicane leugne[11]), welches juramentum calumniae aber von Juſtinian allen Beklagten ex officio auferlegt wurde[12]). Endlich 3. zieht bey manchen judiciis die Verurtheilung ignominia nach ſich. Als ſolche judicia summae existimationis oder turpia nennt ſchon Cicero das judicium tutelae, societatis, mandati und fiduciae[13]), was wohl nicht blos vom depositum fiducia contractum zu verſtehen iſt[14]). Das prätoriſche Edict führt als infamirende Klagen auf: die actiones pro socio und die directa a. tutelae, mandati, depositi, ſowie ferner die a. furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, und zwar, weil dieſe auf Delict beruhen, wenn man auch nicht condemnirt worden, ſondern ſich verglichen hat (non solum damnati, sed etiam pacti)[15]). Außerdem infamiren noch die, in dem uns mitgetheilten prätoriſchen Edicte nicht beſonders genannten, a. sepulcri violati[16]), und die wegen expilata hereditas[17]), was aber nur modificirte Diebſtahlsklagen ſind, ſowie wohl aus dieſem Grunde auch eine Frau, welche ſich durch vorgeſpiegelte Schwangerſchaft missio in bona verſchafft hat, infam wird[18]).

§. 180.

Fortſetzung. (Strafe des Klägers.)

II. Der Beklagte war geſchüzt durch calumniae und

bey Not. 7) und 8), könnte man zu den gegen temeritas litigandi gegebenen Hülfsmitteln rechnen.

11) Gaj. IV, 172. L. 44 §. 4 D. fam. erc. (10, 2).

12) L. 2 pr. C. de jurejur. propter calumn. dando (2, 59). §. 1 I. ht. Vgl. §. 180, Not. 15) u. a. E.

13) Cic. pro Caec. c. 3, pro Rosc. A. c. 38 sqq., pro Rosc. C. c 6.

14) Auch in tab. Her. ed. Marez. p. 55 u. p. 137 iſt die fiduciae actio infamirend.

15) Gaj. IV, 182. §. 2 I. ht. L. 1 D. de his qui not. (3, 2). auch Gaj. IV, 60.

16) L. 1 D. de sepulcr. viol. (47, 12).

17) L. 12 C. ex quib. caus. inf. (2, 12).

18) L. 15—19 D. de his qui not.

Digitized by Google

durch contrarium judicium, durch Eid und durch restipulatio [1]). 1. Das calumniae judicium [2]) wird begründet durch eine jedem Beklagten gegen chicanöse Klagen, es sey gleichzeitig oder nach Beendigung des ersten Prozesses [3]), zustehende Klage auf den zehnten Theil des Streitobjects, oder gegen Interdicte auf den vierten [4]). Aber Chicane muß erwiesen werden, und dadurch unterscheidet sich dieses Rechtsmittel von dem 2. damit electiv concurrirenden contrarium judicium, welches schon durch die bloße Abweisung des Klägers begründet ist, aber auch nur in wenigen Fällen zugelassen wird, namentlich gegen injuriarum a. ebenfalls auf den zehnten Theil, sowie es einer Frau gegen den Vorwurf, daß sie sich doloser Weise den Besiz verschafft und transferirt habe, und ferner gegen den, welcher nicht in den ihm vom Prätor zugewiesenen Besiz gelassen worden zu seyn behauptet, auf den fünften Theil zusteht [5]). Beyde Rechtsmittel scheinen durch das prätorische Edict entstanden zu seyn. 3. Die restipulationis poena wird auch nicht durch Chicane, sondern blos dadurch verwirkt, daß der Kläger abgewiesen wurde, und tritt aber gleichfalls nur in gewissen Fällen ein [6]), nur durchaus nicht in denen, in welchen das contrarium judicium Statt findet [7]). Sie entspricht der sponsionis poena auf Seiten des Beklagten [8]), und concurrirt electiv mit dem calumniae judicium, so wie 4. mit dem Eide [9]). Jeder Beklagte hat nämlich die Wahl, ob er das calumniae judicium anstellen, und sich z. B. demzufolge die decima (quarta) pars litis restipuliren lassen [10]), oder ob er

1) Gaj. IV, 174. 2) *Hessler* Obs. 25.
3) Arg. Theoph. ad §. 1 I. ht. (4, 16).
4) Gaj. IV, 175, 176, 178. §. 1 I. cit. Consult. c. 6 (in jus civ. Antej. p. 1485, 1488). S. auch L. 31 C. de lib. caus. (7, 16).
5) Gaj. IV, 177 — 179.
6) Gaj. IV, 180, vgl. IV, 13 u. Cons. l. c. (p. 1488).
7) Gaj. IV, 180 f. 8) Gaj. IV, 165 — 167.
9) Gaj. IV, 181. 10) Consult. l. c.

nur von dem Kläger sogleich den Eid fodern will, daß er nicht calumniae causa klage, in welchem Fall er dann aber auch nicht contrario judicio klagen darf[11]). Im Gegensatze mit der Verurtheilung in die decima pars litis, die, wie Justinian versichert, nie vorgekommen sey[12]), ist von dem calumniae juramentum[13]) zur Zeit des Pandektenrechts ein desto allgemeinerer Gebrauch gemacht worden, sowohl bey Actionen als bey Interdicten[14]), und bey Theilungsstreitigkeiten, wo alle Theile Kläger und Beklagte waren, kam es auch vor, daß die sämmtlichen Parteyen de calumnia schworen[15]). Ferner finden wir den Eid bey Editions- und ähnlichen Gesuchen[16]), gegenüber der Eidesdelation, §. 120, Not. 11), bey der Evocation zu einem auswärts zu leistenden vadimonium[17]), in Bezug auf Verwaltung der durch missio creditorum in Beschlag genommenen bona[18]), überhaupt war es grade das Hülfsmittel gegen extra ordinem gemachte Anträge, wie auf cautio damni infecti[19]), sowie wer opus no-

11) Gaj. IV, 176, 179. 12) §. 1 f. I. ht.

13) Goldschmidt Abhh. S. 31—36. *Malblanc* de jurejur. ed. 2. p. 252 sqq.

14) L. 15 D. ad exhib. (10, 4).

15) L. 44 §. 4 D. fam. erc. (10, 2): Qui familiae erciscundae, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei, et ideo jurare debent, non calumniae causa litem intendere, et non calumniae causa ad inficias ire. Ob die Stelle interpolirt sey, darüber hat man viel gestritten, indem erst Justinian jedem Kläger u. jedem Beklagten die Eidesleistung zur Pflicht gemacht habe, s. §. 179, nr. 2 u. unt. bey Note 23 fgg. Daher hat man auch in den vielen Beyspielen des calumniae juram. im älteren Rechte lauter speciell eingeführte Eide sehen wollen, *Bynkersh.* Obss. VII, 9. Allein durch Gajus ist es nicht mehr zweifelhaft, daß auf Verlangen allerdings eine solche Eidesleistung in allgemeinem Umfange existirt hat.

16) L. 6 §. 2, L. 9 §. 3 D. edend. (2, 13). L. 3 C. quem adm. testam. (6, 32).

17) L. 8 §. 5 D. qui satisd. cog. (2, 8).

18) L. 15 §. 1 de reb. auct. jud. (42, 5).

19) L. Gall. Cisalp. c. 20. L. 13 §. 3 de damn. (39, 2).

Digitized by Google

vum nuntiirte, de calumnia schwören mußte[20]). — Eben dieser Eid ist auch nebst einer, nur freylich nicht der alten, privatrechtlichen Bestrafung der calumnia [21]), von allen bisher beschriebenen Rechtsmitteln im Justinianeischen Recht allein geblieben[22]). Justinian selbst hat eine solche Eidesleistung auf vielfache Weise angeordnet[23]). Zunächst will er, daß derjenige, welcher Beweisführung fodere, de calumnia schwören müsse[24]). Nachdem er alsdann die richterliche Eidesleistung und einen sogleich nach der Litiscontestation von den Advocaten zu schwörenden Eid vorgeschrieben[25]), so erließ er eine ausführliche Verordnung[26]) über

---

20) L. 5 §. 14 D. de op. n. n. (39, 1).

21) L. 4 C. de fructib. et lit. exp. (7, 51): Non ignoret is, cujus ex interpellatione aliquis secundum datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod si culpa sua fuerit dilata cognitio, vel minime actioni suae adfuerit, vel delata non probaverit: *pro calumnia* quidem *poenam luat legibus constitutam*, pro pecuniaria vero causa, post sumtus etc. condemnationem pro aestimatione judicis sustinebit. Vgl. damit §. 1 I. ht.: — Haec autem omnia pro veteri calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit: quae in partem decimam litis actores mulctabat, quod nunquam factum esse invenimus. Daß es hin u. wieder eine öffentliche Bestrafung der calumnia gab, dar. L. 39 §. 1 D. de lib. caus. (40, 12). Paul. I, 5 §. 2. In einer restit. Constitution Zeno's (L. 5 C. de fruct. et lit. exp.) wird dem Richter die Erlaubniß gegeben, denjenigen, welchen er zur Kostenerstattung verurtheilt, nach Umständen noch außerdem mit Entrichtung des Betrags einer decima pars der Kosten an den Fiscus zu bestrafen. In Nov. 112. c. 2 ist auch wieder von einer dem Gegner zur Entschädigung zuzusichernden decima pars des Streitobjects die Rede, s. §. 181.

22) §. 1 I. cit.

23) C. de jurejur. propt. cal. dando (2, 59).

24) L. 1 pr. C. ht. 25) L. 14 pr. §. 1 C. de jud. (3, 1).

26) L. 2 C. ht. Da sie IV. Cal. Aug. 534, also nach den Institutionen publicirt ist, so muß die Constitution, auf welche sich §. 1 I. ht. beruft, eine ältere gewesen seyn, an deren Stelle Justinian eine andere, gleichsam eine repetita praelectio, treten ließ.

Digitized by Google

den unmittelbar vor dem Advocateneide abzulegenden Eid beyder Parteyen, wodurch er am alten Rechte im Weſentlichen ſoviel änderte, daß dieſe Eide nun von Amtswegen, und nicht erſt auf des Gegners Verlangen zu ſchwören waren, ja nicht einmal erlaſſen werden konnten[27]). Auf die Weiſe ſollte die alte und ohnehin abgekommene calumniae actio erſezt werden[28]), aber kein anderer geſezlicher Eid deshalb wegfallen[29]). Verweigert der Kläger zu ſchwören, ſo wird die Klage abgewieſen, ſowie der weigernde Beklagte pro confesso gilt[30]). Nach einem ſpätern Geſetze muß die Eidesformel noch den Zuſaz enthalten, man wolle keinen Beweis fodern, als den man für nothwendig halte[31]). Zulezt iſt auch noch den Parteyen zu ſchwören auferlegt worden, daß ſie Niemand für ihre Rechtsſache durch Beſtechung zu gewinnen geſucht haben[32]).

§. 181.
Prozeßkoſten.

Zur Zeit der Republik wurde die Juſtiz von Magiſtrat und Richter unentgeltlich verwaltet[1]), auch die Advocaten ſollten keine Honorarien nehmen (§. 166), und ſo konnte ein Rechtsſtreit nur etwa durch die Reiſen, Zeugenvernehmungen u. dgl. einige Koſten verurſachen, deren Erſtattung blos von den allgemeinen Grundſätzen über Schadenerſaz abhängig ſeyn konnte. Das war wenigſtens unter den Kaiſern der Fall, aus welcher Zeit überhaupt nur Nachrichten über dieſen Gegenſtand zu uns gekommen ſind. Wer temere prozeſſirt hat, muß die „viatica“ und übrigen „sumtus litis“ erſezzen[2]). Von Gerichtskoſten, sportulae, iſt erſt unter den

27) L. 2 pr. §. 4 C. ht. §. 1 I. ht.
28) L. 2 cit. §. 8. §. 1 f. I. cit.
29) L. 2 §. 2 C. eod. L. ult. C. de fideic. (6, 42).
30) L. 2 cit. §. 6, 7. 31) Nov. 49, c. 3.
32) Nov. 124, c. 1.
1) Almendingen in Grolmans Mag. Bd. 1, S. 302.
2) L. 79 pr. D. de jud. (5, 1).

Digitized by Google

christlichen Kaisern die Rede[3]), unter welchen[4]) „ea quae *consueto modo* circa lites expenduntur", die „*solitae* expensae litium"[5]), zu welchen nun auf jeden Fall auch die Advocatenkosten gehören[6]), gewiß bedeutender waren, als zuvor. Indessen galt auch noch im Justinianeischen Rechte der alte Grundsaz, „ut *improbus* litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur"[7]). Allein als improbus galt im Zweifel schon der Unterliegende, indem wenigstens der Grundsaz, daß der Besiegte dem Sieger die Kosten zu erstatten habe, in Constitutionen christlicher Kaiser ganz allgemein ausgesprochen wird[8]). Insbesondere verordnen aber Valentinian, Valens und Gratian, daß der Unterliegende die Kosten tragen müsse, auch wenn der Richter nicht darauf erkannt habe, und daß deshalb beim Anfange des Prozesses von beyden Seiten Caution zu leisten sey[9]). Allein das Erstere haben Honorius und Theodos II. aufgehoben, welche nur insofern eine Klage auf Kostenersaz gestatten, als man dazu ausdrücklich verurtheilt worden, so daß also im andern Falle stillschweigend s. g. Compensation eintritt[10]). Die später erfolgte Verordnung, daß, wer culposer Weise eine Sache verschleift, die insoweit verursachten größern Kosten nach richterlicher Schäzung selbst zu tragen habe[11]), bringt nur allgemeine Grundsäze zur Anwendung. Nach einer Constitution von Zeno[12]) soll nicht nur der

3) Tit. C. de sportulis et sumptibus in diversis judiciis fac. (3, 2). Almend. S. 302 – 305.

4) Tit. C. Th. de fructib. et litis expensis (4, 18). C. de fructib. et litium exp. (7, 51).

5) L. 13 §. 2, 6 C. de jud. (3, 1).

6) L. 13 §. 9, L. 15 C. eod.

7) §. 1 f. I. de poen. tem. litig.

8) L. 1 f. C. Th. de fructib. L. 5 init. C. eod. (rest. v. *Cujac.* Obss. XII, 21). L. 13 §. 6 C. de jud. Nov. 82, c. 10.

9) L. 1 C. Th. cit. 10) L. 2 C. Th. od. L. 3 C. eod.

11) L. 4 C. eod. (7, 51).

12) L. (rest.) 5 C. cit. Vgl. Nov. 82, c. 10.

Digitized by Google

Unterliegende in die Prozeßkoſten verurtheilt werden, ſondern ſogar der Richter, wenn er dieſes verſäumt, den Schaden ſelbſt erſetzen, was auch Juſtinian beſtätigt hat[13]). Danach würde alſo nicht mehr, wie bisher, ſtillſchweigende Compenſation eintreten. Doch modificirt Zeno ſeine Verordnung dahin, daß der Verlierende nicht in die Erſtattung der Koſten zu condemniren ſey, wenn die Sache zweifelhaft iſt, und der Vorwurf der Chicane wegfällt. Zeno's Geſez hat Juſtinian im Allgemeinen gebilligt[14]). Demzufolge wurden im alten wie im neuern Rechte, wenn die Parteyen bona fide prozeſſirten, die Koſten gegeneinander aufgehoben, nur daß das ſpätere Recht in der Regel den Beſiegten in die Koſten condemnirt, ſo daß das Gegentheil nur als Ausnahme angeſehen werden kann[15]). Außerdem hat Juſtinian noch verordnet, daß, wenn in contumaciam geſprochen worden, der contumax, ſelbſt wenn er den Prozeß gewonnen habe, die Koſten zahlen müſſe[16]), und daß der andere Theil die Größe ſeiner Auslagen zu beſchwören habe (ſ. g. juramentum expensarum)[17]). Auch wenn ſich der Säumige noch vor beendigtem Contumacialverfahren ſtellt, wird er nicht eher zur gerichtlichen Verhandlung gelaſſen, bis er dem Gegner die bisherigen Auslagen bezahlt hat, welche dieſer beſchwören, aber der Richter ermäßigen kann[18]). Nach einem ſpätern Geſetze muß die Taxation dem Eid vorausgehen, und ſoll der Richter, wenn er meint, daß die Sache von der Art ſey, daß Koſtenerſtattung wegfallen müſſe, ſolches in der Sentenz ausſprechen[19]). — Zu den von den chriſtlichen Kaiſern gewiſſen Perſonen ihres Standes wegen, oder gewiſſen Inſtituten gegebenen Privilegien[20]) gehört theilwei-

13) L. 13 §. 6 C. de jud. (3, 1). 14) Nov. 82, c. 10.
15) Genſler Handb. zu Martins bürg. Proz. S. 248 fgg.
16) L. 13 §. 2—5 C. de jud. 17) L. 13 §. 6 eod.
18) L. 15 C. eod.
19) Nov. 82, c. 10. S. auch §. 150 a. E.
20) L. 6 C. de fruct. (7, 51): Cum quidam *per leges su-*

se[21]), oder auch gänzliche[22]) Sportelfreiheit. Auch wurde dergleichen hin und wieder „per speciales largitiones", also aus Gnade im einzelnen Falle gewährt[23]). Damit aber nicht die Privilegirten diesen Vortheil zur Verfolgung anderer Personen benutzen können, verordnet Anastasius, daß diejenigen Personen, gegen welche jene als Kläger auftreten, alsdann dasselbe Privilegium genießen sollten[24]). Arme als solche gehören auf keinen Fall in jene privilegirte Classe[25]). Daß sie von den Advocaten unentgeltlich bedient werden mußten, scheint seit lange der Fall gewesen zu seyn[26]). Aber an besondern Bestimmungen über ein s. g. Armenrecht fehlt es gänzlich, außer daß einmal in einer Novelle Justinians, wo von Behandlung der unbedeutenden Rechtssachen die Rede ist, den Armen unentgeltlich Recht zu sprechen vorgeschrieben wird[27]). Zu einem für den Gegner zu machenden Vorschuß konnte Niemand genöthigt werden[28]).

---

crasque constitutiones, alii per speciales largitiones sibi praestita privilegia praetendunt, tam super sportulis pro conventionibus usque ad certam quantitatem praebendis, quam super expensis litium, vel minuendis vel penitus non agnoscendis etc. — Linde in Ztschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 1, H. 1, S. 63.

21) Leo u. Anthem. L. 28 §. 2, L. 33 §. 5 de episc. et cler. (1, 3). Zeno L. 8 C. de principib. agent. in reb. (12, 22). Anastas. L. 12 §. 1 C. de prox. sacr. scrin. (12, 19). L. 18 §. 2 C. de re mil. (12, 36). L. 6 C. cit. Justinian. L. 29 §. 1 C. de episc. aud. (1, 4). Nov. 123, c. 28.

22) Justinian. L. 7 §. 6 C. de advoc. div. jud. (2, 8). Nov. 123, c. 28 f.

23) L. 6 C. cit.

24) L. 6 C. cit. L. 12 §. 4 C. de prox. sacr. scrin. (12, 19).

25) Linde, S. 64 fg.

26) Dafür spricht, daß nach §. 165, Not. 9) ein Advocat nöthigenfalls von Amtswegen gegeben wurde, und L. 13 §. 9 C. de jud. (3, 1) in den Worten: honorariis scil. a clientibus, *qui dare possunt*, disertissimis togatis omnimodo praestandis.

27) Nov. 17, c. 3.

28) L. 17 D. de tut. et rat. (27, 3). Gensler a. a. O. S. 224—230.

Digitized by Google

§. 182.
Selbsthülfe.

Die Gewährung gerichtlicher Hülfe, die ja auch bereits einen Staatsverband voraussezt, schließt von selbst die Zulässigkeit der Selbsthülfe aus. Schon für das älteste römische Recht ergibt sich diese Unzulässigkeit und also die Nothwendigkeit, gerichtlich zu streiten, theils dadurch, daß der wirkliche Streit zur symbolischen Form des gerichtlichen geworden, theils dadurch, daß nur in sehr beschränktem Umfange und in geregelter Weise eine Art von Selbsthülfe als Einleitung zu einem Rechtsstreite vorkommen konnte (pignoris capio), und endlich durch die ausnahmsweise und bedingte Gestattung wirklicher Selbsthülfe, wenn auch dabey zunächst noch die Spur ehemaliger Privatrache nicht verkannt werden kann [1]). Die 12 Tafeln erklären nämlich für nicht unbefugt (jure caesum) die Tödtung des nächtlichen auf der That ertappten Diebes [2]), so wie die des fur diurnus, insofern als er sich mit Waffen vertheidigt [3]), vorausgesezt in beyden Fällen, daß es auf der Stelle und mit erhobenem Lärmgeschrey [4]) geschieht. Die Beschränkung auf bewaffnete Vertheidigung hat die Interpretation auch auf den noctur-

1) S. darüber *Fr. D. Sanio* ad leg. Cornel. de sicariis, P. I. Regiom. 1827, 8, p. 19 sqq.

2) Macrob. Sat. I, 4. Rubr. Gell. VIII, 1. — Gell. XI, 18. Coll. VII, 2, 3. Cic. pro Tullio, c. 47 sqq. ed. H. Cic. pro Mil. c. 3, woraus Quinct. I. O. V, 14. Senec. Contr. X, c. ult. L. 4 §. 1 D. ad leg. Aq. (9, 2). Augustin. II. Quaest. in Exod.

3) Cic. pro Tullio, l. c. L. 54 §. 2 D. de furt. (47, 2). Gell. XI, 18. Coll. l. c. Cic. pro Mil. u. Quinct. ll. cc. L. 4 §. 1 D. cit. — L. 233 §. 2 D. de V. S. (50, 16).

4) Daß dieser Zusaz wirklich in den XII T. stand, konnte zwar die Stelle des Gajus, L. 4 §. 1 D. cit., zweifelhaft lassen, Dirksen XII T. S. 567 fg., ergibt sich aber jezt aus Cic. pro Tull. c. 50, s. *Sanio* p. 20 sq., so wie dadurch auch gewiß wird, daß der Ausdruck endoqueplorato bey Fest. v. Sub vos placo hierauf zu beziehen ist, s. *Ed. Huschke* ad Cic. l. c. in Anal. p. 171 sq.

Digitized by Google

nus fur bezogen [5]). Das vermuthlich uralte Recht, den ertappten Ehebrecher umzubringen [6]), beschränkt die lex Julia de adulteriis auf den Vater, welcher den Ehebrecher nur zusammt der in seiner Gewalt befindlichen Tochter, sowie auf den Ehemann, insofern als dieser nur gewisse auf dem Ehebruch ertappte Männer, und zwar nur sogleich, tödten darf [7]). Ein besonderes Verbot der Selbsthülfe hat zunächst allerdings nicht existirt, es verstand sich von selbst, sowie man umgekehrt die Selbstvertheidigung (die Nothwehr) zu gestatten, nie einen Anstand nehmen konnte, wenn auch diese Befugniß und jene Unzulässigkeit erst von der Doctrin theoretisch ausgesprochen wurde, welche hierin aber nur einen Ausfluß der naturalis ratio erkannte [8]). Andere Nachtheile, als ihre juristische Unwirksamkeit, konnten die Selbsthülfe, insofern sie nicht zugleich die Form eines ohnehin verpönten Delicts annahm, allerdings nicht treffen [9]). Auf viele Fälle derselben mußten die Strafbestimmungen der lex Julia de vi anwendbar werden, sowie die Art der Selbsthülfe auch zu Privatklagen, z. B. zu Interdicten, zur actio vi bonorum raptorum u. dgl. Veranlassung geben konnte [10]). Aber die bloße Anmaßung als solche, eine vis in dem weitern Sinne, daß sich Jemand durch sich selbst, und nicht durch den Richter, Recht zu verschaffen sucht, hat zuerst Marc Aurel mit einer Privatstrafe, unbeschadet der öffentlichen, belegt [11]), und zwar sogleich durch eine gerichtliche Entschei-

5) L. 9 D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8) mit L. 5 pr. D. ad leg. Aq.

6) *Sanio*, p. 47 sqq.

7) Coll. IV, 2, 3, 12. Paul. II, 26 §. 1 sqq. L. 20 — L. 25, L. 32, L. 42 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5). L. 4 C. eod. (9, 9).

8) Cic. pro Mil. c. 3 sqq. c. 11 sqq. L. 1 §. 27, 28 D. de vi (43. 16). L. 4 pr. L. 45 §. 4 D. ad leg. Aq. (9, 2).

9) Von da an vgl. *C. Fr. Walch* Exerc. de historia juris civ. de vindicta privata, in opuscc. T. I, p. 396 — 401. Linde, in Ztschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 1, S. 396 fgg.

10) Linde, S. 397 — 399.

11) Nov. 60, c. 1: — Sicut Marcus Philosophus Imper. in

dung, welche einem gewiſſen Marcian, weil er ſich eigenmächtig in den Beſiz derihm ſchuldigen Sache geſezt hat, das jus crediti abſpricht[12]). Dieſes decretum D. Marci nun iſt in der Folge nicht nur allgemein angewandt, ſondern auch noch in der Zeit der chriſtlichen Kaiſer geſezlich erweitert worden. Es ſcheint blos auf bewegliche Sachen gegangen zu ſeyn[13]), weil nach einer Verordnung Conſtantins derjenige, welcher ſich gewaltſam in den Beſiz einer (offenbar unbeweglichen) Sache ſezt, wenn er kein Recht auf dieſelbe hatte, mit Deportation und mit Confiscation des Vermögens beſtraft werden, wenn er aber ein Recht darauf hatte, die Hälfte derſelben, und zwar zum Vortheil des Fiscus, verlieren ſoll[14]). Es iſt dieſes Geſez dadurch unanwendbar geworden, daß ſpätere Kaiſer eigenmächtige Beſizentſezung mit dem Verluſt des Anſpruchs beſtrafen, daß namentlich Valentinian, Theodos I. und Arcadius verordnen: derjenige, welcher ſich eigenmächtig und gewaltſam[15]) in den Beſiz einer Sache ſezte, verliere den Beſiz und ſein Recht, wenn er ein ſolches gehabt, widrigenfalls müſſe er nicht blos die Sache herausgeben, ſondern auch zur Strafe den Werth derſelben zulegen[16]).

---

legibus suis scripsit, wozu noch kömmt, daß Juriſten nach Marcus die Concurrenz der öffentlichen mit der Privatſtrafe der Selbſthülfe anerkennen, L. 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), wenn auch in L. 12 D. quod met. (4, 2) die Worte: „et jus crediti amisisse" ein Juſtinian. Zuſaz ſeyn ſollten. Linde, S. 411—415.

12) So in L. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. Die weitere Faſſung, welche dem Decret in L. 13 D. quod met. caus. beygelegt wird, beruht auf ſpäterer Ausdehnung (ſ. unt.); denn ſowohl die Worte der L. 7 cit., als andere Entſcheidungen (L. 24 D. quae in fraud. cred. 42, 8, Juſtinian in L. 6 C. de sep. viol. 9, 19) beweiſen, daß das urſprüngliche Decret nicht auf ein ſ. g. genus debitum gegangen ſeyn konnte. Linde, S. 401—404.

13) *Galvan.* de usufr. c. 40, §. 5. Linde, S. 405 fg.

14) L. 3 C. Th. ad leg. Jul. de vi (9, 10).

15) Der Begriff von vis iſt auch hier offenbar ſo aufzufaſſen, wie er dem decret. D. Marci zu Grunde liegt, vrgl. Linde, S. 408—411.

16) L. 1 C. Th. si cert. pet. de suffr. (2, 29). — L. 2 C.

Digitized by Google

Durch diese Constitutionen scheint die Strafe der Selbsthülfe auf unbewegliche Sachen ausgedehnt worden zu seyn [17]), so wie sie nunmehr auch auf dingliche Berechtigung geht, und ferner auf den Fall, wo der angreifende Theil nicht einmal ein Recht hatte, und wo also eine eigentliche Selbsthülfe gar nicht vorhanden ist. Auf eine Eigenmacht der leztern Art bezieht sich schon eine Verordnung Constantins: wer durch eine Ueberschreitung seiner Gränze das fremde Eigenthum zu schmälern suche, verliere zur Strafe soviel, als er in Besiz genommen [18]). Noch weiter, als die frühern Kaiser, geht hierin Zeno, wenn er sogar den Miether und den, welcher eine Sache precario hat, sobald sie nur die Zurückgabe ohne Grund so lange verweigern, bis sie richterlich dazu verurtheilt wurden, wie invasores betrachtet, und zur Erstattung des Werthes neben der Herausgabe der Sache verpflichtet [19]). Endlich scheint erst Justinian das Marcische Decret stillschweigend [20]) auch auf den Fall bezogen zu haben, daß Jemand eine Summe, überhaupt ein s. g. *genus* zu fodern hat, und zu seiner Befriedigung, es sey irgend eine Sache, oder Geld des Schuldners an sich nimmt. Auf gewisse specielle Fälle wirklicher und versuchter Selbsthülfe, oder anmaßlicher Eigenmacht bey mangelndem Rechte, beziehen sich noch einige sehr strenge, und insofern auch zum Theile singuläre Verordnungen Justinians [21]).

Th. unde vi (4, 22). L. 6 C. eod. (8, 4). — L. 3 C. Th. eod. L. 7 C. eod. — Anwendung in L. 2 §. 3 C. Th. si cert. pet. de suffr. L. un. §. 3 C. de suffr. (4, 3). Vgl. §. 1 I. de vi bon. rapt. (4, 2). §. 6 I. de interd. (4, 15).

17) Linde, S. 406—408.

18) L. 2 C. Th. fin. reg. (2, 26). L. 4 C. eod. (3, 39).

19) L. 34 C. de loc. (4, 65). L. 10 C. unde vi (8, 4). Marezoll in Löhrs Mag. Bd. 4, S. 375.

20) Nämlich durch Interpolationen in L. 13 D. quod met. caus. vgl. mit L. 7 D. ad leg. Jul. de vi. Vgl. ob. Not. 12) und Linde, S. 415.

21) Nov. 60 praef, c. 1 u. 2. Nov. 134, c. 7. — Nov. 52, c. 1.

Digitized by Google

Österreichische Nationalbibliothek
+Z166248303

Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google